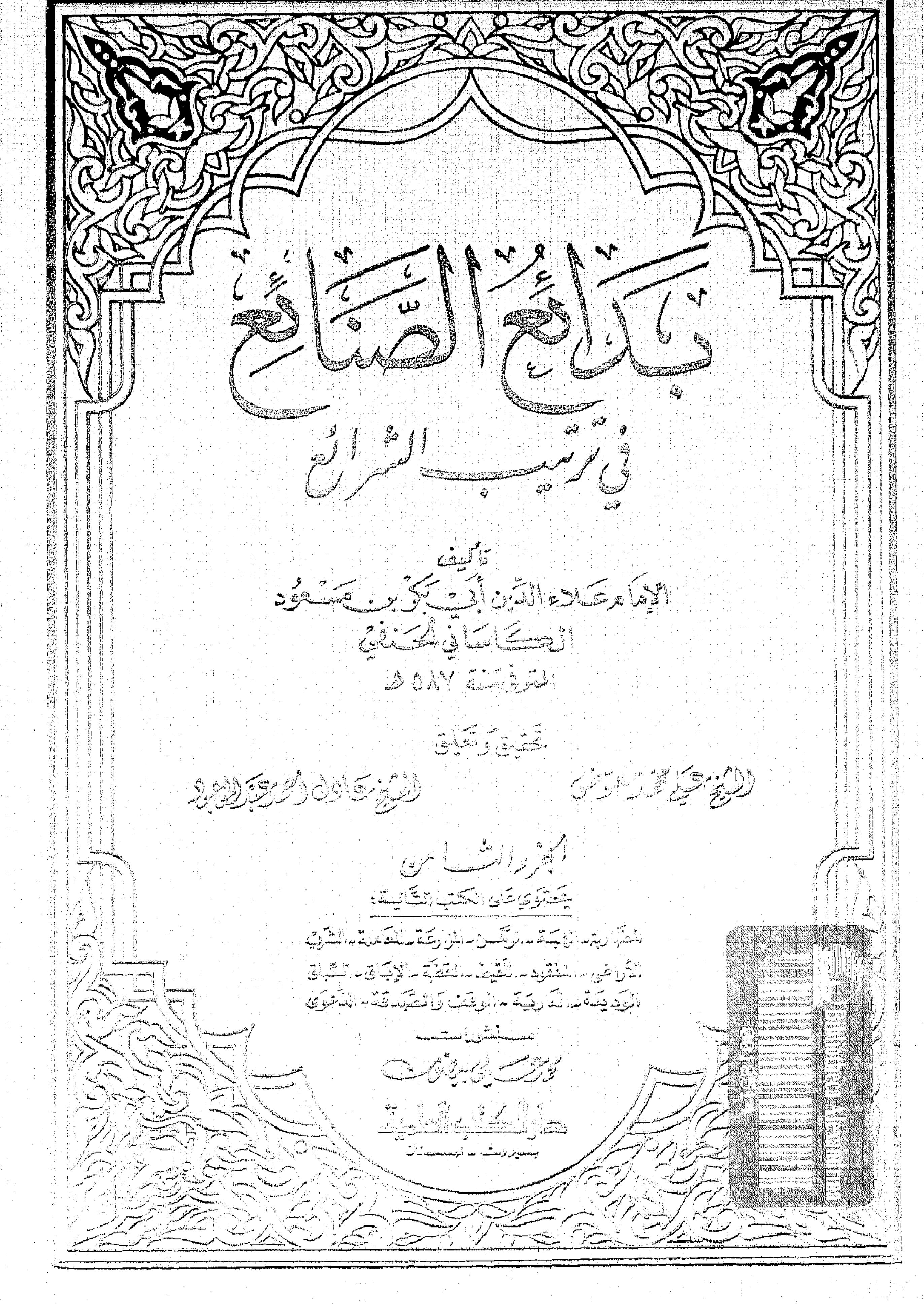


بدائع الصنائع

في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود

الكاساني الحنفي

المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض | الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الثامن

يحتوي على الكتب التالية:

المضاربة - الهبة - الرهن - المزارعة - المعاملة - الشرب - الأراضي - المفقود - اللقيط - اللقطة - الإباق - السباق - الوديعة - العارية - الوقف والصدقة - الدعوى

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



بدائع الصنائع

في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود

الكاساني الحنفي

المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الثامن

يحتوي على الكتب التالية:

المضاربة - الهبة - الرهن - المزارعة - المعاملة - الشرب
الأراضي - المفقود - اللقيط - اللقطة - الإباق - السباق
الوديعة - العارية - الوقف والصدقة - الدعوى

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ المُضَارَبَةِ[1]

يحتاجُ في هذا الكتاب إلى معرفة جواز هذا العقد، وإلى معرفة ركنِهِ، وإلى معرفة شرائط الركن، وإلى معرفة حكمه، وإلى معرفة صفة العقد، وإلى معرفة ما يبطل به، ومعرفة حكمه إذا بطل، وإلى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب.

---

(١) المضاربة في اللغة: هي مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السير فيها وهو بمعنى السفر وذلك لأنه لا يخلو عنه غالباً لطلب الربح. وهذا المعنى من لغة أهل العراق.

أما في لغة أهل الحجاز، فيطلقون عليها اسم: القِرَاض وهي كالمقارضة بمعنى القطع. تقول ضربت الطير تضرب ـ ذهبت تبتغي الرزق. وأيضاً ضرب في الأرض: ضرباً وضرباناً خرج تاجراً وغازياً.

وسميت المضاربة قراضاً عند أهل الحجاز، لأن رب المال يقطع قدراً من المال عن تصرفه وجعل التصرف فيه إلى العامل بهذا القصد.

وقد اختار السرخسي في المبسوط المعنى الأول، لأن اشتقاق لفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض، فهو موافق لما جاء في الكتاب الكريم إذ يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ يعني السفر للتجارة.

أما سبب الاختلاف في التسمية هو الاختلاف في الاشتقاق والإطلاقات التي وردت في نصوص الشارع.

فأهل العراق يسمونها (مضاربة) وذلك لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير.

وأهل الحجاز يسمونها (قراضاً) وذلك لأنها مشتقة من القرض وهو القطع بمعنى أن المالك يقطع جزءاً من ماله ليعمل فيه العامل بجزء من الربح والعامل يقطع لرب المال جزءاً من الربح الحاصل بسعيه.

أما تعريف المضاربة في الإصطلاح: ففقهاء الحنفية متفقون على أن المضاربة هي عبارة عن عقد على الشركة في الربح. فهي إذن نوع من الشركة لأنها شركة في الربح، لا في رأس المال. وذلك لأن رأس المال يكون من أحد طرفي العقد، والعمل فيه يكون من الطرف الآخر.

وعرفها الزيلعي بقوله: المضاربة، هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب آخر، والمراد بالشركة الشركة في الربح).

وتعريفات المذاهب الأخرى تجعلها وكالة، وإجارة، وعقد أو اتفاق. مما لا يتفق مع طبيعة المضاربة وهي المشاركة في الربح.

ينظر: المصباح المنير ٢/٥٤٧ والقاموس المحيط ١/٩٩، لسان العرب: ٢٥٦٩/٣، مجمع الأنهر: ٢/٣٢١، حاشية ابن عابدين ٤٨٣/٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٠٩ـ ٣١٠، أسهل المدارك ٣٤٩/٢ الإقناع: ٢٥٩/٢، والمغني ٥/ ٥٢، والإشراف ٢/ ٧.

أما الأول: فالقياس أنه لا يجوز؛ لأنه استئجار بأجر مجهول، بل بأجر معدوم، ولعمل مجهول؛ لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع.

أما الكتاب الكريم: فقوله عَزَّ شأنُهُ: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللهِ﴾ [المزمل: ٢٠] والمضارب يضربُ في الأعرض يبتغي من فضل الله ـ عزَّ وجلَّ ـ وقوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿فَإِذَا قُضِيَتُمُ الصَّلاَةَ فَانْتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللهِ﴾ [الجمعة: ١٠] وقوله ـ تعالى ـ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾[١] [البقرة: ١٩٨].

وأما السنة: فما روي عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال: كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أنْ لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة، فإن فَعَلَ ذلك ضمن، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ فأجاز شرطه[٢]، وكذا بعث رسول الله ﷺ والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكرْ عليهم؛ وذلك تقريرٌ لهم على ذلك، والتقريرُ أحد وجوه السنة[٣].

وأما الإجماع: فإنه روي عن جماعة من الصحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة، منهم: سيدنا عمر، وسيدنا عثمان، وسيدنا علي، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عمر، وعبيد الله بن عمرو، وسيدتنا عائشة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ، ولم ينقل أنه أنكر عليهم مِنْ أقرانِهم أحدٌ، ومثله يكون إجماعاً.

وروي أن عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراقَ وأبو موسىٰ الأشعري أمير بها فقال لهما: لو كان عندي فضل لأكرمتكما، ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه إليكما فابتاعا به متاعاً واحملاه إلى المدينة وبيعاه، وادفعا ثمنه إلى أمير المؤمنين، فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ: هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم، فسكت عبد الله، وقال عبيد الله: ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا، فقال بعض الصحابة[٤]: يا أمير المؤمنين، اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف ولبيت المال النصف، فرضي به سيدنا عمر

(١) واستدل أيضاً بقوله تعالى ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

(٢) ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٤)، وقال رواه الطبراني في الأوسط وفيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب.

(٣) ووجه الدلالة في ذلك أنها لو لم تكن مشروعة لما أقرهم النبي ـ ﷺ ـ فدل ذلك على رضى الرسول بالتعامل بالمضاربة وهو لا يرضى إلا عن مشروع، وذلك يدل على جوازها والإذن فيها.

(٤) يقال إن الذي أشار على عمر ـ رضي الله عنه ـ بذلك هو عبد الرحمن بن عوف.

ـ رضي الله عنه ـ[١].

وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد، وإجماع أهل كل عصر حجة، فترك به القياس.

ونوع من القياس يدل على الجواز أيضاً، وهو أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة، لأن الإنسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم.

فصل في أركان المضاربة

وأما ركن العقد[٢]: فالإيجاب والقبول، وذلك بألفاظ تدل عليهما، فالإيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة/ والمعاملة، وما يؤدي معاني هذه الألفاظ بأن يقول ربُّ المال: خذ هذا ٢/٢٥٨ب

---

(١) ووجه الدلالة من هذا الأثر، لو لم تكن المضاربة مشروعة لما قال عبد الرحمٰن بن عوف ذلك، ولما جعله عمر، وذلك لأن العمل بغير المشروع منهي عنه على أي وجه كان، وعمر لا يجرؤ على عمل منهي عنه، فدل على مشروعية المضاربة والإذن فيها.

والأثر أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٨٧ ـ ٦٨٨) كتاب القراض، باب: ما جاء في القراض، حديث (١) عن يزد بن أسلم عن أبيه. . . فذكره، وإسناده صحيح وأخرجه الشافعي (٢/ ١٦٩ ـ ١٧٠) كتاب القراض، باب (. . .) حديث (٥٩٣) من طريق مالك وأخرجه من طريق الشافعي البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٤/ ٤٩٧) كتاب الصلح، باب: «القراض» حديث (٣٧٠٢).

وفي السنن الكبرى (٦/ ١١٠) كتاب القراض من طريق آخر عن مالك بإسناده ومعناه.

وأخرجه الدارقطني (٣/ ٦٣) في كتاب البيوع حديث (٢٤١) من طريق عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده. . فذكره بنحوه.

(٢) أي عقد من العقود ركناه شيئان الإيجاب والقبول، والمضاربة عقد من العقود. فركناها إذن هو الإيجاب والقبول. فالركن الأول الإيجاب والثاني القبول.

فالإيجاب: ما صدر أولاً بألفاظ تدل عليها كلفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدي معاني هذه الألفاظ: (وذلك بأن يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على أن ما رزق الله عز وجل، أو أطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة، وكذا إذا قال مقارضة أو معاملة.

أما الركن الثاني فهو القبول: وهو ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر وذلك بأن يقول المضارب: أخذت، أو رضيت، أو قبلت أو نحو ذلك أما أركانها عند غير الحنفية وهو الجمهور، فقد أجمع على أنها خمسة: رأس مال، وعمل وربح وصيغة وعاقدان.

المال مضاربة على أن ما رزق الله عزّ وجلّ، أو أطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء[١] المعلومة؛ وكذا إذا قال مقارضة أو معاملة أو[٢] يقول المضارب: أخذت أو رضيت أو قبلت؛ ونحو ذلك، فيتم الركن بينهما.

أما لفظ المضاربة فصريح مأخوذ من الضرب في الأرض وهو السير فيها؛ سمي هذا العقد مضاربة لأن المضارب يسير في الأرض ويسعى فيها لابتغاء الفضل، وكذا لفظ المقارضة صريح في عرف أهل المدينة؛ لأنهم يسمون المضاربة مقارضة؛ كما يسمون الإجارة بيعاً؛ ولأن المقارضة مأخوذة من القرب وهو القطع، سميت المضاربة مقارضة؛ لما أن رَبَّ المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب، والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء، وهذا معنى هذا العقد.

ولو قال: خذ هذا المال واعمل به على أَنَّ ما رزق الله عَزَّ وجلَّ من شيء فهو بيننا على كذا، ولم يزد على هذا، فهو جائز، لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف، وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا.

وذكر في الأصل: لو قال خذ هذه الألف فابتع بها متاعاً، فما كان من فضل فلك النصف، ولم يزد على هذا فقبل هذا، كان مضاربة استحساناً، والقياس أن لا يكون مضاربة.

وجه القياس أنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع، ولا يتحقق معنى المضاربة إلاّ بالشراء والبيع.

وجه الاستحسان أنه ذكر الفضل، ولا يحصل الفضل إلا بالشراء والبيع، فكان ذكر الابتياع ذِكْراً للبيع، وهذا معنى المضاربة، ولو قال: خذ هذه الألف بالنصف ولم يزد عليه، كان مضاربة استحساناً، والقياس أن لا يكون؛ لأنه لم يذكر الشراء والبيع، فلا يتحقق معنى المضاربة.

وجه الاستحسان أنه لما ذكر الأخذ، والأخذ ليس عملاً يستحق به العوض، وإِنَّما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع، فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع.

ولو قال: خذْ هذا المال فاشتر به هرويًا بالنصف، أو رقيقاً بالنصف، ولم يزد على هذا شيئاً، فاشترى كما أمره، فهذا فاسدٌ، وللمشتري أجر مثل عمله فيما اشترى، وليس له أن يبيع

(١) في أ: الأجرة.
(٢) في ط: و.

ما اشترى إلا بأمر رَبِّ المال؛ لأنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع، ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع، ليحمل على المضاربة، فحمل على الاستئجار على الشراء بأجر مجهول، وذلك فاسد، فإذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسدٍ، فاستحق أجر مثل عمله، وليس له أن يبيع ما اشترى من غير إذن الآمر؛ لأنه أمره بالشراء لا بالبيع، فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير إذنه، فإن باع منه شيئاً لا ينفذ بيعه من غير إجازة رَبِّ المال، ويضمن قيمته إن لم يقدر على عينه؛ لأنه صار متلفاً مال الغير بغير إذنه، وَإِن أجاز رَبُّ المال البيعَ والمتاعُ قائم، جاز، والثمن لرب المال؛ لأن عدم الجواز لحقه، فإذا أجاز فقد زال المانع.

وكذلك لو كان لا يدري حاله أنه قائم أو هالك، فأجاز لأن الأصلَ هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه، وَإِنما شرط قيام المبيع لأنه شرط صحة الإجازة؛ لما عرف أن ما لا يكون محلاً لإنشاء العقد عليه لا يكون محلاً لإجازة العقد فيه، وَإِن علم أنه هلك فالإجازة باطلةٌ لما ذكرناه.

وَروى بشر عن أبي يوسف في رجلٍ دفع إلى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع، فما ربح فهو بينهما، فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع إليه المال ما لم يخالف؛ لأنه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة؛ وكذلك لو شرط عليه أن الوضيعة عليَّ وعليك، فهذه مضاربة والربحُ بينهما والوضيعة على رَبِّ المال؛ لأنَّ شرط الوضيعة على المضارب شرط فاسد، فيبطل الشرط وتبقى المضاربة.

وروي عن علي بن الجعد عن أبي يوسف لو أنَّ رجلاً دفع إلى رجل ألف درهم ولم يَقُلْ مضاربةً ولا بضاعة ولا قرضاً ولا شركة، وقال: ما ربحت فهو بيننا، فهذه مضاربة لأن الربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع، فكان ذكر الربح ذكراً للشراء والبيع، وهذا معنى المضاربة.

ولو قال: خذ هذه الألف على أن لك نصف الربحِ أو ثلثه، ولم يزد على هذا، فالمضاربةُ جائزة قياساً واستحساناً، وللمضارب ما شرط، ومَا بقي فلرب المال، والأصل في جنس هذه المسائل أن رَبَّ المال إنما يستحق الربح لأنه نماء ماله لا بالشرط، فلا يفتقر استحقاقه إلى الشرط؛ بدليل أنه إذا فسد الشرط كان جميع الربح له، والمضارب لا يستحق إلا بالشرط؛ لأنه إنما يستحق بمقابلة عمله، والعملُ لا يتقوم إلا بالعقد/ . ٢/٢٥٩أ

إذا عرف هذا فنقول في هذه المسألة: إذا سَمَّىٰ للمضارب جزءاً معلوماً من الربح، فقد وجد في حقه ما يفتقر إلى استحقاقه الربح، فيستحقه، والباقي يستحقه رب المال بماله.

ولو قال: خذ هذا المال مضاربة على أنَّ لي نصف الربح ولم يزد على هذا، فالقياسُ أن تكون المضاربة فاسدة، وهو قول الشافعي ـ رحمه الله ـ ولكنها جائزةٌ استحساناً، ويكون للمضارب النصف.

وجه القياس أن رب المال لم يجعل للمضارب شيئاً معلوماً من الربح، وإنما سمى لنفسه النصف فقط، وتسميتُهُ لنفسه لغوٌ لعدم الحاجة إليها، فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدةٍ، وإنما الحاجة إلى التسمية في حق المضاربة، ولم يوجد، فلا تصحُ المضاربةُ.

وجه الاستحسان أن المضاربة تقتضي الشركة في الربح، فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب؛ كأنه قال: خذ هذا المال مضاربةً على أن لك النصف كما في ميراث الأبوين في قوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ لما كان ميراث الميت لأبويه، وقد جعل الله ـ عَزَّ وجلَّ ـ للأم منه الثلث، كان ذلك جعل [الباقي للأب][1]، كذا هذا[2].

ولو قال: عليَّ أن لي نصف الربح ولك ثلثه، ولم يزد على هذا، فالثلث للمضارب، والباقي لرب المال؛ لما ذكرنا أن استحقاق المضارب الربح بالشرط، واستحقاق رب المال لكونه مِنْ نَمَاء ماله، فإذا سلم المشروط للمضارب بالشرط، يسلم المسكوت عنه؛ وهو الباقي لرب المال لكونه من نماء ماله.

ولو قال ربُّ المال: عليَّ أن ما رزق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ فهو بيننا، جاز ذلك، وكان الربح بينهما نصفين؛ لأن البين كلمة قسمة، والقسمة تقتضي المساواة إذا لم يبين فيها مقدار معلوم، قال الله ـ عَزَّ شأنُهُ ـ: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨] وقد فهم منها التساوي في الشرب، قال الله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥] هذا إذا شرط جزء من الربح في عقد المضاربة لأحدهما، إما المضاربَ وَإما رَبِ المال، وسكت عن الآخر.

فأما إذا شرط لهما ولغيرهما؛ بأن شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما، فإن كان الثالث أجنبيًا، أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل، جاز وكان الربح بينهم أثلاثاً، وإن لم يشرط عليه العمل، لم يجز، وما شرط له يكون لرب المال؛ لأن الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال، وصار المشروط له كالمسكوت عنه.

وإن كان الثالثُ عبد المضارب، فإن كان عليه دَيْنٌ فكذلك عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن شرط عمله؛ لأن المضارب لا يملك كسب عبده، فكان كالأجنبي، وَإن لم يشترط عمله فما شرطه فهو لرب المال؛ لما ذكرنا في الأجنبي.

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: للأب الثلثين.

(٢) في أ: ها هنا.

وعند أبي يوسف ومحمد المشروط له يكون للمضارب؛ لأن المولى يملك كسبه ـ عندهما ـ كما يملك لو لم يكن عليه دَيْنٌ.

وإن كان الثالثُ عبد رب المال، فهو على هذا التفصيل أيضاً أنه إن كان عليه دين فإن شرط عمله فهو كالأجنبي عند أبي حنيفة؛ لأن المولىٰ لا يملك إكسابه، وَإن لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال؛ لما قلنا، وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه، عمل أو لم يعمل، لأن المولى يملك كسب عبده، كان عليه دين أو لا، فإن لم يَكُنْ على العبد دين ففي عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال، لأنه إذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى، فكان المشروط له مشروطاً للمولى، وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين، وفي عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال؛ لأن المشروط له يكون مشروطاً لمولاه إذا لم يكن عليه دين، فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين.

وعَلَىٰ هذا قالوا: لو شرط ثلث الربح للمضارب، والثلث لقضاءِ دين المضارب، والثلث لرب المال ـ أن الثلثين للمضارب والثلث لرب المال؛ وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لقضاء دين رب المال، أن الثلثين لرب المال والثلث للمضارب؛ لأن المشروط لقضاء دين كلّ واحد مِنْهُمَا مَشْرُوطٌ له.

فصل في شرائط الركن

وأما شرائط الركن: فبعضها يرجع إلى العاقدين؛ وهما رب المال والمضارب، وبعضها يرجع إلى رأس المال، وبعضها يَرْجِعُ إلى الربح.

أما الذي يرجع إلى العاقدين وهما رب المال والمضارب، فأهلية التوكيل والوكالة؛ لأن المضارب يَتَصَرَّف بأمر رب المال، وهذا معنى التوكيل، وقد ذكرنا[1] شرائط أهلية التوكيل والوكالة في «كتاب الوكالة»، ولا يشترط إسلامهما، فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحربي المستأمن، حتى لو دخل حربيٌ دارَ الإسلامِ بأمانٍ فدفع ماله إلى مسلم مضاربة، أو دفع إليه مسلم ماله مضاربةً، فهو جائز؛ لأن المستأمَنَ في دارنا بمنزلة الذمي، والمضاربة[2] مع الذمي مضاربة جائزة، فكذلك مع الحربيّ المستأمِن، فإن كان المضاربُ هو المسلم، فدخل دار الحرب بأمان، فعمل بالمال فهو جائز؛ لأنه دَخَلَ دار رب المال، فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين، فصار كأنهما في دار واحدة.

---

(١) في ط: ذكر.

(٢) في أ: المعاملة.

وَإِنْ كان المضاربُ هو الحربي، فرجع إلى داره الحربي، فإن كان بغير إذن رب المال بطلت المضاربة، وَإن كان بإذنه فذلك جائز، ويكون على المضاربة ويكون/ الربح بينهما على ما شرطا، إن رجع إلى دار الإسلام مسلماً أو معاهداً أو بأمانٍ؛ استحساناً، والقياسُ أن تبطل المضاربةُ.

٢/٢٥٩ب

وجه القياس أنه لما عاد إلى دار الحرب بطل أمانُه وعاد إلى حكم الحربِ كما كان، فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين، فإذا تَصَرَّفَ فيه، فقد تعدى بالتصرف، فملك ما تصرف فيه.

وجه الاستحسان: أنه لما دخل[1] بأمر رَبِّ المال، صار كأن رَبَّ المال دخل معه، ولو دَخَلَ رَبُّ المال معه إلى دار الحرب، لم تبطل المضاربة، فكذا إذا دخل بأمره، بخلاف ما إذا دخل بغير أمره؛ لأنه لما لم يأذنْ له بالدخول انقطعَ حكم رَبِّ المال عنه، فصار تصرفه لنفسه، فملك الأمر به.

وقد قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمانٍ فدفع إليه حربي مالاً مضاربةً مائة درهم؛ أنه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد ـ جائز، فإن اشترى المضاربُ على هذا وربح أو وضع، فالوضيعةُ على رب المال، والربح على ما اشترط، ويستوفي المضارب مائة درهم والباقي لرب المال، وَإِن لم يكن في المال ربح إلا مائة، فهي كلها للمضارب [ما لم يشترط][2] وإن كان أقل من مائة، فذلك للمضارب أيضاً، ولا شيء للمضارب على رَبِّ المال؛ لأنَّ رَبَّ المالِ لم يشترط المائة إلا من الربح.

فَأما على قول أبي يوسف، فالمضاربةُ فاسدةٌ، وللمضارب أجر مثله، وهذا فرع اختلافهم في جواز الربا في دار الحربِ لما علم، وَأما الذي يرجع إلى رأس المال فأنواعٌ:

منها أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير[3] عند عامة العلماء[4]، فلا تجوز المضاربة بالعروض.

---

(١) في ط: خرج.

(٢) سقط من ط.

(٣) الدينار ـ عملة ذهبية، كان يعرفها العرب قبل الإسلام، وكان يستخدمها المسلمون في عصور مختلفة، واشتقت اسمها من لفظ (ديناريوس) اليوناني الذي أطلق على عملة ذهبية بيزنطية، كانت شائعة في الشرق الأوسط، وعرفها العرب في اتصالهم التجاري، وبدا تعريب الدينار البيزنطي أبان خلافة (عبد الملك بن مروان) وتميز باحتفاظه بالوزن الرسمي للدينار البيزنطي القديم، وهو (٤,٢٥) جرام. (القاموس الإسلامي جـ ٢ ص ٤٢٤، ٤٢٥).

أما الدرهم ـ وكان يوجد في جزيرة العرب نقود فضية تعد من أجزاء الدرهم، فمنها: ما كان وزنه اثني عشر قيراطاً، وما كان وزنه عشرة قراريط، وهو (٠,٧) من الدينار، أي كل عشرة دراهم تساوي سبعة =

....

= دنانير، وهو ستة دوانق. والدرهم الشرعي درهمان: درهم أخذ به أبو حنيفة، وهو: سبعون حبة من متوسط القمح أو الشعير، ودرهم أخذ به الأئمة الثلاثة، وهو: وزن ٢/٥ ٥٠ حبة.

ورأس مال المضاربة يكون دراهم أو دنانير أي (ذهب وفضة مسكوكة) أما غير المسكوكة منها، فإن كان التعامل بها متعارفاً بين الناس وعادة فهي في حكم المسكوكة، وإلا فهي في حكم العروض، ولنا تفصيل سيأتي بعد، وزيادة في الانتفاع أحب أن أبين معنى المال.

فالمراد به: ما تميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة والمالية: تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يباح بلا تمول لا يكون مالاً، كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالحجر، وإذا عدم الأمران، لم يثبت واحد منهما كالدم.

وخلاصة القول: إن المال أعم من المتمول، لأن المال ما يمكن ادخاره، ولو غير مباح كالخمر.

وأما المتقوم: فهو ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر: مال لا يتقوم. فلذا فسد البيع بجعلها ثمناً، وخرج بما يمكن ادخاره المنفعة: فلا تعد مالاً، لأنها ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه، بوصف الاختصاص، كما في التلويح (ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٩).

(٤) اشترط الشيخان في رأس مال المضاربة ـ: أن يكون دراهم أو دنانير، ولا تصح بغيرهما إلا أن محمداً رحمه الله، أجازها بالفلوس الرائجة.

والفلوس الرائجة: هي المسكوكات النحاسية والبرونزية الرائجة التي جرى التعامل فيها بين الناس، عرفاً وعادة، فهي في حكم النقود، تصلح أن تكون رأس مال عند محمد، وذلك خلافاً للشيخين أبي حنيفة، وأبي يوسف. ولا تصح على قولهما، لأنها كالعروض، ثمنها تتبدل ساعة فساعة، وتصير سلعاً.

(تنظر الهداية: جـ ٣ ص ٩).

أما على قول محمد: تصح المضاربة بها، والفتوى على أنها تجوز (الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٢٨٦، والهداية جـ ٣ ص ٥).

ووجه قوله: إنها أثمان لا تتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير.

أما وجه قول الشيخين: بعدم الجواز، أنها إذا كسدت فهي كالعروض، ثمن من وجه، بيع من وجه.

ثمن لبعض الأشياء في عادة التجار، دون البعض، فكانت كالمكيل والموزون.

(المبسوط ٢٢/٢١، مجمع الأنهر ٢/٢٥٤).

وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف، مثل ما روي عن محمد في رواية أخرى، وهي رواية الحسن بن زياد في المجرد.

إلا أن الرواية الأولى أقيس وأظهر (الهداية ٣/٥).

ومعنى أقيس وأظهر: أنه موافق للقياس، وأنه ظاهر الرواية.

أما ابن أبي ليلى فقد جوز: أن يكون رأس المال مكيلاً أو موزناً، لأنهما من ذوات الأمثال، فيمكن تقدير رأس المال، بمثل المقبوض.

(تبيين الحقائق ٥/٥٣).

ورأى بعض فقهاء المالكية، عدم الجواز، كابن القاسم، وابن المواز.

وحجة هذا الرأي: أن الفلوس لا يحرم فيها التفاضل، فإذا وقع بها القراض يجب فسخه كالعروض.

(المنتقى ٥/١٥٦، ١٥٧). =

وعند مالك هذا ليس بشرط، وتجوز المضاربةُ بالعروض، والصحيحُ قولُ العامة لما ذكرنا في «كتاب الشركة» أن ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن، لأن العروض تتعين عند الشراء بها، والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لا شيء على المضارب، فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن؛ «وَنَهَىٰ رَسُولُ الله - ﷺ - عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يضمن»[1]، وما لا يتعين يكون مضموناً عند الشراء به، حتى لو هلكت - العينُ قبل التسليم، فعلى المشتري به ضمانه[2]، فكان الربح على ما في الذمة، فيكون ربح المضمون؛ ولأن المضاربة بالعروض تؤدي إلى جهالة الربح وقت القسمة؛ لأن قيمةَ العروضِ تعرف بالحزر والظن، وتختلفُ باختلاف المقومين، والجهالة تفضي إلى المنازعةِ، والمنازعةُ تفضي إلى الفساد، وهذا لا يجوزُ.

وَقَدْ قالوا: إنه لو دفع إليه عروضاً فقال له: بعها واعمل بثمنها مضاربةً، فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها، جاز؛ لأنه لم يضف المضاربةَ إلى العروض؛ وَإنما أضافها إلى الثمن، والثمنُ تصحُّ به المضاربة، فإن باعها بمكيلٍ أو موزون، جاز البيعُ عند أبي حنيفة؛ بناءً عَلَىٰ أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالأثمان وغيرها، إلا أن المضاربة فاسدة؛ لأنها صارت مضافة إلى ما لا تصح المضاربة به، وهو الحنطة والشعير، وأما على أصلهما فالبيعُ لا يجوز؛ لأن الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك البيع بغير الأثمان، ولا تفسد المضاربةُ؛ لأنها لم تصر مضافة إلى ما لا يصلح به رأس مال المضاربة.

= ولأن الفلوس تؤول إلى الكساد والفساد، فلا تتفق. (شرح الخرشي ٦/ ٢٠٥، والمدونة الكبرى ١٢/ ٨٦).
والرأي الثاني للمالكية: وهو قول ابن حبيب وأصبغ، وروي عن أشهب: الجواز، لأن الفلوس لا تتعين بالعقد، وأنها أثمان يتعامل به، فصح القراض بها كالدنانير والدراهم. (مواهب الجليل: ٥/ ٢٥٩، وشرح الخرشي ٥/ ٢٠٥).
والرأي الأول هو الأصح في المذهب.
أما الشافعية: فقد قالوا بعدم الجواز، لأنها نقد وعرض، وحكمها حكم العروض، وهذا متفق عليه عندهم. (فتح العزيز ١٢/ ٥) و(شرح منهج الطلاب ٣/ ١٣٣).
جاء في المهذب: (ولا يصح إلا على الأثمان، وهي الدراهم والدنانير، فأما ما سواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس فلا يصح القراض عليها) - المهذب ١/ ٣٨٩.
والحنابلة: يرون عدم الجواز، ولو كانت نافقة، أي رائجة على الرأي الراجح في المذهب، لأن الفلوس تروج مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض، فإن قلنا بصحة المضاربة فيها، فإنها إن كانت رائجة كان رأس المال مثلها، وإن كانت فاسدة، كانت قيمتها كالعروض. (نيل المآرب بشرح دليل الطالب ١/ ١٢٧، ١٢٨، والفروع ٢/ ٧١٣، المغني ٥/ ١٥).

(١) تقدم بنحوه.
(٢) في: ضمانه مثله من الربح.

وأما تبرُ[١] الذهبِ والفضة، فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض، وجعله في «كتاب الصرف» بمنزلة الدراهم والدنانير، والأمرُ فيه مَوْكُولٌ إلى التعامل، فإن كانَ الناسُ يتعاملون به، فهو بمنزلةِ الدراهم والدنانير؛ فتجوز المضاربة به، وَإن كانوا لا يتعاملوْن به، فهو كالعروض، فلا تجوز المضاربة به[٢].

---

(١) التبر: كسارة الذهب والفضة إذا أخذ من معدنها قبل تنقيتها من ترابها.

(٢) فقد جعل المصنف التبر في الشركة، بمنزلة العروض، وذكر في صرف الأصل أنه كالأثمان، وفي شرح القدوري: أن ذلك على حسب عادات الناس في التعامل بالتبر، فإن تعاملوا به فهو كلأثمان، وإن لم يتعاملوا به فهو كالعروض.

ثم الحيلة في تجويز الشركة، بما يتغير في عقود المبادلات والمعاملات، أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه، بنصف عرض صاحبه، حتى صار ما لكل واحد منهما مشتركاً بينهما شركة تملك ثم بعقدان بعد ذلك عقد الشركة، إن شاء مفاوضة، وإن شاء عناناً، وكذلك لو باع صاحب العرض، نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه، وتقابضا، ثم عقدا عليهما عقد الشركة مفاوضة أو عناناً جاز، ويصير القرض رأس مال الشركة بعده ناضاً متركاً بينهما يصلح رأس المال الشركة، وإذا كان قبل ذلك لا يصلح.

وذكر خواهر زاده ـ رحمه الله ـ هذا الوجه، في باب بضاعة المقارض، وفي المنتقى (هشام عن محمد رحمه الله).

ومعلوم بأنه يشترط: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير أي عملة ذهبية، وفضة مسكوكة، أما غير المسكوكة من النحاس والألمنيوم، فيسميها العلماء بالنقار.

واختلف العلماء في حكم التعامل به، وبالتبر: ذهب الحنفية: بأنه لا تجوز المضاربة بغير الدراهم والدنانير، غير البعض منهم الذي أجاز المضاربة بالفلوس، أما المضاربة بالتبر فقد روي عنهم روايتان: (الأولى) الجواز و(الثانية) بعدم الجواز.

وجه الرواية الأولى: أن التبر مما لا يتعين بالتعيين، ولا يبطل العقد بهلاكه، فهو بمنزلة الدراهم والدنانير، ومن هنا تجوز المضاربة به والأمر موكول إلى التعامل، فإن كان الناس يتعاملون به، فهو كالدراهم والدنانير وإن لم يتعاملوا به، فهو كالعروض، فلا تجوز. (المبسوط ٢٢/٢١، والفتاوى الهندية ٤/٢٨٦).

وجه الرواية الثانية: أن الدراهم والدنانير اسم للمضروب، والتبر غير ذلك فكان بمنزلة العرض.

والحاصل: أن الأمر يرجع فيه إلى العرف والعادة، فإن كان الناس يتعارفون على التعامل به جاز، وإلا لا. (المرجع السابق).

أما علماء الشافعية: فقد منعوا التعامل بالنقار والتبر مطلقاً، سواء كان يتعامل الناس بها، أم لا بلا خلاف بينهم، وقالوا: إن المضاربة فيها نوع من الغرر لجهالة العمل، وعدم الثقة في الربح، فكان خاصاً بما يروج، وتسهل التجارة به، وهو النقد المضروب، لأنه ثمن الأشياء (فتح العزيز ١٢/٥، والمهذب ١/٣٨٩، نهاية المحتاج ١/١٦١).

وقال الرافعي من الشافعية: (ويترتب على اعتبار النقدية «الدراهم والدنانير» امتناع القراض على الحلى والتبر، وكل ما ليس بمضروب، لأنها مختلفة القيمة كالعروض. (فتح العزيز ١٢/٦). =

وَأَمَّا الزيوف والنبهرجة فتجوز المضاربةُ بها، ذكره محمد ـ رحمه الله ـ لأنها تتعين بالعقد كالجياد.

وأما الستوقة، فإن كانت لا تروج، فهي كالعروض، وَإن كانت تروج فهي كالفلوس، ، وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف في الدراهم التجارية [أنه][1] لا يجوز المضاربة بها[2]؛ لأنها كسدت عندهم وصارت سلعة قال: ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكةَ بالطعام؛ لأنهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرُهم بالفلوس.

= أما علماء المالكية: فأجازوا المضاربة بالتبر، بشرط ألا يكون في البلد المضارب فيها عملة مسكوكة.
وقال اللخمي: (لا يجوز القراض بالنقد في البلد الذي يتبايعون به فيه، ولا خلاف في ذلك. (التاج والإكليل ٥/ ٣٥٥).
وقال الخرشي: (ولا بتبر لم يتعامل به ببلده) وقيده ابن رشد في ذلك. ويفهم من مذهب المالكية أن المضاربة لا تجوز بالنقود غير المضروبة، والتبر إذا لم يتعامل بها في بلد القراض، ولا تجوز أيضاً عند وجود عملة مسكوكة، ولو جرى التعامل بها. (الشرح الكبير ٣/ ٤٧٣).
أما مذهب الحنابلة: في ذلك موافق تماماً للمذهب الحنفي بعدم الجواز لأن قيمتها تزيد وتنقص، فكانت كالعروض.
(المغني ٥/ ١٥، نيل المآرب لشرح دليل الطالب ١/ ١٢٧).

(١) سقط من ط.

(٢) سئل أبو يوسف عن المضاربة، بالدراهم التجارية، فقال: لو جزت ذلك، لجوزت المضاربة بالطعام بمكة، يعني أن أهل مكة يتبايعون بالطعام، كما أن أهل بخارى، يتعاملون بالبر بعينه وقد جاء ذلك في المبسوط ٢٢/ ٢١.
حيث إن المضاربة بالدراهم التجارية لا تجوز، لأنها كالفلوس تتبدل قيمتها ساعة فساعة، فصارت سلعاً، أما ابن ليلى من الحنفية فقد جوز أن يكون رأس المال من العروض، لأنها من ذوات الأمثال، ويمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض. (تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ٥٣) أما الجمهور: فقد منعوا ذلك للغرر، وقد علل ابن رشد بقوله: (لأنه يقبض العرض، وهو يساوي قيمة ما، ويرده وهو يساوي قيمة غيرها، فيكون رأس المال والربح مجهولين. (بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/ ٢٣٦).
وقال الإمام مالك: تجوز بالعروض، لأنها متقومة، يستربح عليها بالتجارة عادة فكانت كالنقدين، فيما هو المقصود بالمضاربة، وأمكن تقدير رأس المال بالقيمة، إذ هي متقومة، ولهذا تبقى المضاربة عليها، فكذا يجوز الابتداء بها. (المرجع السابق).
ولنا ما روي: أن رسول الله عليه الصلاة والسلام، نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدي إليه، لأنها أمانة في يد المضارب، وربما زادت قيمتها بعد القبض، فإذا باعها شركة في الربح، فحصل ربح ما لم يضمن، حيث إن المضارب يستحق نصيبه من غير أن يدخل شيء في ضمانه بخلاف النقود، فإنه عند الشراء بها، يجب الثمن في ذمته، لأنها لا تتعين بالتعيين، فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن، والمكيل والموزون عروض لا نرى أنها تتعين بالتعيين، فأول تصرف يكون فيها بيعاً وقد يحصل بهذا البيع ربح، بأن يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء، فيكون هذا استئجاراً على البيع بأجر مجهول فيكون باطلاً كما في العروس. ينظر تبيين الحقائق (٥/ ٥٣، ٥٤).

وَأَمَّا الفلوسُ: فَقَدْ ذَكَرْنا الكلام فيها في «كتاب الشركة»، فالحاصلُ أن في جواز المضاربةِ بها روايتين عن أبي حنيفة، ذكر محمد في المضاربة الكبيرة في «الجامع الصغير»، وقال: لا تجوز المضاربة إلا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة، وروى الحسن عنه أنها تجوز[١].

والصحيحُ مِنْ مَذْهَب أبي يوسف أنها لا تجوزُ.

وعند محمد تجوز بناءَ على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده، فكانت أثماناً كالدراهم والدنانير.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين، فكانت كالعروض.

ومنها أن يكون معلوماً، فإن كان مجهولاً/ لا تصح المضاربة؛ لأن جهالة رأس المال ٢/ ٢٦٠أ تؤدِّي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة.

ومنها: أن يكون رأسُ المال عيناً لا ديناً، فإن كان ديناً فالمضاربةُ فاسدةٌ[٢] وعلى هذا

---

(١) في أ: أنه يصح.

(٢) / وذلك لأن المضاربة توكيل بالشراء، والتوكيل بالشراء بدين في ذمة الوكيل لا يصح، حتى يعين البائع أو المبيع، عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله، فبطل التوكيل بالكلية، حتى لو اشترى كان للمأمور وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه، فلا تتصور المضاربة فيه، وعندهما أي: (أبو يوسف ومحمد رحمهما الله) يصح التوكيل بالشراء بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكر (أي يعين البائع أو المبيع). ويبرأ من الدين، حتى يكون مشترياً للآمر، له ربحه، وعليه وضيعته والمضاربة فاسدة، لأن الشراء وقع للموكل فيكون مضاربة بالعروض فلا تصح. وذلك بخلاف ما لو كان له دين على ثالث، فقال: (اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة، حيث يجوز، لأنه أضاف المضاربة إلى زمان القبض والدين فيه يصير عيناً، ويصلح أن يكون رأس مال للمضاربة. (تبيين الحقائق ٥/ ٥٤، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٨٦ المبسوط ٢٢/ ٢٩).

وكذلك يرى المالكية عدم صحة المضاربة بالدين، فإذا كان الدين في ذمة المضارب نفسه لا يجوز، وذلك مخافة أن يكون عليه دين فيزيده فيه ليؤخره، ولكن إذا أحضر المضارب الدين، وسلمه إلى الدائن ثم سلمه الدائن إليه مرة أخرى صحت المضاربة.

وقد جاء في الشرح الكبير في هذا ما يلي: (ولا تجوز المضاربة بدين على العامل ما لم يوفه لربه فعلاً، أو يحضره ويشهد على أن هذا هو الدين الذي عليه لرب المال، وأن ذمته برئت منه، ثم يدفعه إليه، ليعمل فيه حتى تنتهي تهمة تأخير وفاء الدين في نظير فائدة هي ادعاء العمل. (الشرح الكبير ٣/ ٤٧٢).

أما المالكية فيذهبون إلى أبعد من هذا، فقالوا: بعدم جواز صحة المضاربة بالدين الذي في ذمة الغير، إذا قام المضارب بقبضه بإذن المالك، والعمل فيه مضاربة، لأن في ذلك منفعة للدائن وهي عمل المضارب في قبض الدين من الغير من غير أجر، وهذا لا يجوز، وشبهوا هذه الحالة بحالة عدم جواز المضاربة بثمن العروض، إذا باعها المضارب بنفسه.

وقد جاء في شرح الخرشي: (وكذا لا يجوز أن يكون رأس المال قراضاً أو ثمناً إذا كان المضارب هو=

يخرج ما إذا كان لربِّ المال على رجل دين، فقال له: اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة

= الذي يتولى بيعه، وجعل ثمنه المبيع به هو القراض، كأن وكله على خلاص دين والتشبيه في المنع والمعنى: أنه إذا وكله على خلاص دين له على شخص، فإذا أخلصه كان بيده قراضاً، فإن ذلك لا يجوز، ولو كان الذي عليه الدين حاضراً مقراً تأخذه الأحكام. (شرح الخرشي ٦/ ٢٠٥، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/ ٤٧٣).

ويقول ابن رشد: (واختلف العلماء في من أمر رجلاً أن يقبض ديناً له على رجل آخر، ويعمل فيه على جهة القراض، فلم يجز ذلك الإمام مالك وأصحابه لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة، وهو ما كلفه من قبضه.

وهذا على أصله، أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد.

(بداية المجتهد ١/ ٣٨٥، المنتقى ٥/ ١٦٥، ١٦٦).

ويرى علماء الحنابلة: عدم صحة المضاربة بالدين في ذمة المضارب وقالوا بصحتها، إذا كان الدين في ذمة آخر، ولكن وكله اقتضاء دينه وقبضه، وإذا قبضه وعمل به صحت المضاربة.

ويقول البهوتي في هذا: (وإن قال رب دين: ضارب بالدين الذي عليك لم تصح، لعدم حضور المال، ولأن المال الذي في يد المدين له، وإنما يصير لغريمه بقبضه، ولم يقبضه، أو قال ضارب بديني الذي على زيد فاقبضه لم يصح، ذلك لأنه عقد على ما لا يملكه، لأنه لا يملك ما في يد مدين إلا بقبض ولم يوجد وذلك بخلاف: اقبض ديني وضارب به فيصح، لأنه وكله في قبض الدين وعلق المضاربة على القبض وتعليقها صحيح. (ينظر كشاف القناع ٣/ ٤٢٨، المغني ٥/ ٦٧، الفروع ٢/ ٧١٤).

أما مذهب الشافعية: فهو عدم الجواز مطلقاً، سواء كان الدين في ذمة المضارب، أو في ذمة آخر، ولو أمره بقبضه، والمضاربة به.

ولذلك لو قال الدائن للمضارب: ضارب بالدين الذي لي بذمتك لم يصح وذلك لأن الدائن لا يملك الدين بغير قبض، وإذا لم يملكه فلا مضاربة. ولو قال شخص لآخر: اقبض ديني على فلان، فإذا قبضته فقد ضاربتك عليه لم يصح، لأن في هذا تعليق المضاربة على القبض والتعليق يفسد المضاربة. (مغني المحتاج ٢/ ٣١٠، نهاية المحتاج ٤/ ١٦١، فتح العزيز ١٢/ ٧، ٨، حاشية البجيرمي ٣/ ١٣٤).

وعلى هذا فالمضاربة بالدين لها صورتان:

أما الأولى: المضاربة بالدين الذي في ذمة المضارب نفسه، فلا تصح المضاربة به إلا بعد قبضه من قبل الدائن، وتسليمه إلى المضارب ثانياً ليعمل فيه مضاربة، لأن الدين قبل قبضه وصف في الذمة لا يملكه الدائن، وبعد القبض يصير عيناً، وتصح المضاربة به، هذا متفق عليه عند جميع الفقهاء.

وأما الثانية: المضاربة بالدين الذي في ذمة آخر، فقد ذهب علماء المالكية والشافعية إلى عدم صحة المضاربة، ولو أمر المضارب بقبضه من هذا الغير والمضاربة به؛ لأن الدائن شرط لنفسه منفعة، وهذا لا يجوز، كما قال المالكية، ولأن في هذا تعليق المضاربة إلى زمن القبض، وتعليق المضاربة يفسدها.

وذهب علماء الحنفية والحنابلة: إلى جواز المضاربة بالدين الذي في ذمة الغير، وذلك لأن هذا يعتبر توكيلاً للمضارب بقبض الدين أولاً، ثم المضاربة به بعد قبضه، وهذا صحيح.

ويبدو أن ما ذهب إليه الأحناف والحنابلة هو الأصح، ونميل إلى اختياره.

ويرد على الشافعية: أن المضارب بقبض الدين الذي في ذمة الغير، باعتباره وكيلاً عن رب المال الدائن =

بالنصف، أن المضاربةَ فاسدةٌ بلا خلافٍ، فإن اشترىٰ هذا المضارب وباع، له ربحه وعليه وضيعتُهُ، والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة.

وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته؛ بناءً علىٰ أن من وكل رجلاً يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة؛ حتى لو اشترى لا يبرأ عمَّا في ذمته عنده، وإذا لم يصحُّ الأمرُ بالشراء بما في الذمة، لم تصحَّ إضافة المضاربة إلى ما في الذمة.

وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة؛ لأن الشراء يَقَعُ للموكل فتصير المضاربةُ بعد ذلك مضاربة بالعروض؛ لأنه يصير في التقدير كأنه وكَّله بشراء العروض ثم دفعه إليه مضاربة، فتصير مضاربة بالعروض، فلا تصح.

ولو قال لرجل: اقبض ما لي على فلان من الدين، واعمل به مضاربة - جاز؛ لأن المضاربة هنا أُضِيفَتْ إلى المقبوض، فكان رأس المال عيناً لا ديناً[1]، ولو أضاف المضاربة إلى عين هي أمانة في يد المضاربِ من الدراهم والدنانير؛ بأن قال للمودع[2] أو المستبضع: اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف، جاز ذلك بلا خلافٍ، وإن أضافها إلى مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المغصوبة، فقال للغاصب: اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف، جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد.

وقال زُفر: لا يجوز.

= فكأن الدائن قبضه بنفسه ثم بعد أن يقبض المضارب الدين تنعقد المضاربة، لأن الدين بعد القبض يصير عينا، وتصح المضاربة به، فالمضاربة هنا مضافة إلى وقت القبض وليس فيها تعليق على شرط كما ادعيتم.

ويرد على المالكية: من أن المضاربة بالدين الذي في ذمة الغير بعد قبضه من قبل المضارب تتضمن منفعة اشترطها الدائن على المضارب وهو عمله، وتعيينه في قبض الدين، ففيه نظر أيضاً.

فعمل المضارب، وتعيينه في قبض الدين ليس داخلاً في المضاربة، بل خارج عنها، لأنها تنعقد بعد القبض لا قبله، ثم إن المضارب يعتبر وكيلاً عن الدائن في قبض الدين من الغير، وبعد القبض تنتهي الوكالة، وتنعقد المضاربة.

(١) قال السرخسي في المبسوط: (ولو قال رب المال لرجل آخر: اقبض ما لي على فلان، ثم عمل به مضاربة بالنصف فهو جائز؛ لأنه وكيل رب المال في قبض الدين منه، فإذا قبضه، كان المقبوض بمنزلة الوديعة في يده، فتنعقد المضاربة بينهما برأس مال هو عين في يده.

وذكر في النوادر: أن هذا يكره، وذلك لأنه شرط لنفسه منفعة قبل عقد المضاربة، ليس ذلك مما حصل به الربح، وهو تقاضي الدين، وقبضه فالكراهة لهذا.

(ينظر المبسوط جـ ٢٢ ص ٢٩، وابن عابدين جـ ٤ ص ٦٦٨).

(٢) في أ: الموِدع.

وجه قوله إن المضاربة تقتضي كون المال أمانةً في /يد المضارب والمغصوب مغصوب في يده، فلا يتحقق التصرف للمضاربة، فلا يصح، ولأبي يوسف أن ما في يده مضمونٌ إلى أن يأخذ في العمل، فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربة، فتصح، وسواء كان رأس المال مفروزاً أو مشاعاً؛ بأن دفع مالاً إلى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعاً في المال، فالمضاربة جائزة، لأن الإشاعة لا تمنع من التصرف في المال، فإن المضارب يتمكن من التصرف في المشاع، وكذا الشركة لا تمنع المضاربة، فإن المضارب إذا ربح يصير شريكاً في المال، ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة، فإذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء.

وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل ألف درهم، فقال: نصفها عليك قرضٌ، ونصفُها مضاربة - أن ذلك جائز.

أما جواز المضاربة فلما قلنا، وأما جواز القَرْضِ في المشاع وإن كان القرض تبرعاً المشاع[1] يمنع صحة التبرع كالهبة؛ فلأن القرض ليس بتبرع مطلقٍ؛ لأنه وإن كان في الحال تبرعاً، لأنه لا يقابله عوضٌ للحال، فهو تمليك المال بعوض في الثاني.

ألاَ ترىٰ أن الواجب فيه رد المثل لا رد العين، فلم يكن تبرعاً من كلّ وجهٍ، فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة؛ فإنها تبرع محضٌ، فعمل الشيوع فيها، وَإذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب؛ لأنه ربح ملكه وهو القرض، ووضيعته عليه، والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا؛ لأنه ربح مستفاد بمال المضاربة، ووضيعته على رب المال، ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه؛ لأنه مالٌ مشترك بينهما، فلا ينفرد أحدُ الشريكين بقسمته.

قالوا: ولو كان قال له: خذْ هذه الألف على أن نصفها قرضٌ عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة؛ على أن الربح لي - فهذا مكروهٌ؛ لأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض؛ «وَقَدْ نَهَىٰ رَسُولُ الله ﷺ عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعاً»[2]؛ فإن عمل على هذا فربح أو وضع، فالربح بينهما نصفان؛ وكذا الوضيعة.

أما الربحُ فلأن المضارب ملك نصف المال بالقرض، فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده، فكان ربحه لرب المال.

---

(١) في ط: الشياع.

(٢) ذكره الحافظ ابن حجر في المطالب العالية (١/ ٤١١) رقم (١٣٧٣) وعزاه للحارث بن أبي أسامة عن علي ابن أبي طالب مرفوعاً.

وأما الوضيعةُ فلأنها جزء هالك من المال، والمالُ مشترك، فكانت الوضيعة على قدره، ولو قال: خذ هذه الألف على أن نصفها مضاربة بالنصف، ونصفها هبة، فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم، فالهبة فاسدة؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، فإن عمل في المال فربح، كان نصف الربحِ للمضارب حصة الهبة، ونصف الربح بينهما على ما شرطا، والوضيعة عليهما.

أما نصف الربح للمضارب حصة الهبة؛ فلأنه يثبت الملك له فيه إذا قبض بعقد فاسد، فكان ربحه له، وأما النصف الآخر فإنما يكون ربحه بينهما على الشرط؛ لأنه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة.

وأما كون الوضيعة عليهما؛ فلأنها جزء/ هالك من المال، والمال مشترك، فإن هلك ٢/ ٢٦٠ب المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل، فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة؛ لأنه مقبوض بعقد فاسدٍ، فكان مضموناً عليه كالمقبوض ببيع فاسد، ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة فقبضه المضاربُ على ذلك، فهو جائز، والمال على [ما][1] سمَّيا من المضاربة والبضاعة، والوضيعة على رب المال ونصف الربح لرب المال، ونصفه على ما شرطا؛ لأن الإشاعة لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة، وجازت المضاربة والبضاعة، وَإنما كانت الوضيعةُ على رب المال لأنه لا ضمان على المبضع، والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة من الربح لرب المال خاصَّة؛ لأن المبضع لا يستحق الربح، وحصة المضاربة بينهما على ما شرطا؛ لأنه ربح حصل من مال المضاربة، والمضاربة قد صحَّت، فيكون بينهما على الشرط.

ولو دفع إليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب، ونصفها مضاربةٌ بالنصف؛ فذلك جائز، والمال في يد المضارب على ما سَمَّيَا؛ لأن كلَّ واحد منهما، أعني: الوديعة والمضاربة ـ أمانة، فلا يتنافيان، فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة، إلا أن التصرف لا يجوز إلا بعد القسمة؛ لأن كل جزءٍ من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة، والتصرف في الوديعة لا يجوزُ.

فإن قسم المضارب المال نصفين، ثم عمل بأحد النصفين على المضاربة فربح أو وضع، فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان، ونصف الربح للمضارب ونصفه على ما شرطا؛ لأن قسمة المضارب المال[2] لم تصح؛ لأن المالك لم يأْذن له فيها، فإذا أفرز بعضه فقد تصرف

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: هناك.

في مال الوديعة ومال المضاربة، فما كان في حصة الوديعة فهو غصب، فيكون ربحه للغاصب، وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط.

ومن هذا الجنس ما إذا دفع إلى رجلٍ متاعاً فباع نصفه من المدفوع إليه بخمسماية، ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن كله مضاربة على أن ما رزق الله - تعالى - من شيءٍ فهو بيننا نصفان، فباع المضارب نصف المتاع بخمسماية، ثم عمل بها وبالخمسماية التي عليه، فربح في ذلك أو وضع، فالوضيعة عليهما نصفان، والربح بينهما نصفان في قياسِ قول أبي حنيفة - رحمه الله -، لأن من مذهبه أن من كان له على رجل دَيْنٌ فَأَمَرَهُ أن يشتريَ له بذلك الدين شيئاً - لا يصح، والمشتري يكون للمأمور لا للآمر، ويكون الدين على المأمور [على][1] حالة.

وإذا كان كذلك فهنا أمرٌ أن يعمل بالدين وبنصف ثمن المباع، فما ربح في حصة الدين فهو للمدفوع إليه؛ لأنه تصرف في ملك نفسه، فيكون ربحه له، وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع والوضيعة عليهما؛ لأن المالَ مشتركٌ بينهما، فكان الهالك بينهما.

وأما في قياس قولِ أبي يوسف ومحمدٍ؛ فمقدار ما ربح في الخمسماية التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها، فهو بينهما نصفان على ما شرطا، وما ربح في النصف الذي عليه من الدين يكون لرب المال؛ لأن من أصلهما أن الأمر بالشراء بالدين يصح، وتكون المضاربة فاسدة؛ لأنه إذا اشترى صار عروضاً والمضاربة بالعروض لا تصحُّ، فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف، فالربحُ في الصحيحة يكون بينهما على الشرط، وفي الفاسدة يكون لرب المال.

ولو شرط الدافعُ لنفسِهِ الثلثَ وللمضارب الثلثين والمسألة بحالها، فإنَّ في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا، نصف الربح من نصيب المضاربة خاصَّةً، والسدس من نصيب الدافع؛ كأنه قال له: اعمل في نصيبك على أن الربح لك، واعمل في نصيبي على أن لك ثلث الربح من نصيبي.

وأما على قياس قولهما، فقد دفع إليه نصفه مضاربة جائزة، ونصفه مضاربة فاسدة، فما ربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال؛ لأنه مضاربة فاسدة، وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرطا، فصار لرب المال ثلثا الربح وللمضارب الثلث.

وَإِنْ كَانَ شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث، فالربح بينهما نصفان في قول

---

(١) سقط من ط.

أبي حنيفة؛ لأن رَبَّ المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب، وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال باطلٌ، فيكون الربح على قدر المال.

وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصّةً؛ لأن المضاربة فيه فاسدةٌ، وللمضارب ثلث ربح النصف الآخر.

ومنها: تسليم رأس المال إلى المضارب[1]؛ لأنه أمانة، فلا يصح إلاّ بالتسليم وهو التخلية كالوديعة، ولا يصح مع بقاء يد الدافع على/ المال لعدم التسليم مع بقاء يده، حتى لو ٢٦١/٢أ شرط بقاء يد المالك على المال فسدتِ المضاربةُ، لما قلنا.

فرق بين هذا وبين الشركة؛ فإنها تصحُ مع بقاء يد رب المال على ماله، والفرقُ أن

(١) من جملة الشرائط أن يكون رأس مال المضاربة مسلماً إلى المضارب فقد ذهب الفقهاء المسلمون بما يشبه الإجماع، إلى أن عقد المضاربة عقد عيني، يشترط فيه تسليم رأس المال إلى المضارب.
ويجب توافر هذا الشرط. لصحة عقد المضاربة؛ لأن رأس المال في المضاربة أمانة في يد المضارب، وهذا يحتم وجوده تحت يد المضارب، ولا يتم ذلك إلا بالتسليم وهو تخلية يد رب المال عن رأس مال المضارب كالوديعة. ومن ناحية أخرى فإن المضاربة تنعقد على مال من طرف وعمل من آخر، فلا تصح المضاربة مع بقاء يد رب المال، على رأس مال، وكذلك لا تصح إذا أعطى رب المال المال إلى أمين آخر غير المضارب.
ولأجل ذلك منعوا اشتراط عمل رب المال مع المضارب لأن ذلك يخل بالتسليم المشروط لصحة العقد، وشرط عمل رب المال مع المضارب ينافي شرط التسليم، لأن ذلك يستهدف بقاء رأس المال تحت يد المضارب، فيمتنع كونه مسلماً إلى المضارب. أما إذا عمل رب المال مع المضارب متبرعاً من غير شرط، كأن يتعين به المضارب فلا يؤثر ذلك في صحة المضاربة.
إلا أن علماء المالكية فرقوا بين العمل القليل والكثير، فالثاني ممنوع يفسد المضاربة. أما الأول: لا يؤثر في صحة المضاربة مثل أن يعينه في شراء سلعة، أو ينوب عنه في قبض دراهم قليلة مما يفعله إنسان لصديقه.
ونقل عن الإمام أحمد، وابن قدامة، ومعظم فقهاء الحنابلة أن الرأي الراجح عندهم هو: جواز اشتراط عمل رب المال مع المضارب، ولا يخل ذلك بصحة المضاربة.
والتسليم: إما أن يكون بالمناولة، أو بالتمكن من المال. فلو شرط المال أن يعمل مع المضارب، لا تجوز المضاربة سواء كان المالك عاقلاً أو لا، كالأب والوصي، إذا دفع مال الصغير مضاربة، وشرط عمل شريكه مع المضارب، لا تصح المضاربة.
وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد، كالصغير، لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، ولأن يدهما على ما لهما بجهة الملك كالكبير، فبقاء يدهما يمنع كونه مسلماً إلى المضارب.
(الروضة جـ ٥ ص ١١٨، فتح العزيز جـ ١٢ ص ٩، ومغني المحتاج جـ ٢ ص ٣١١، والشرح الكبير جـ ٣ ص ٤٧٥، المدونة الكبرى جـ ١٢ ص ١١١، تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٥٦.

المضاربة انعقدت على رأس مالٍ من أحد الجانبين، وعلى العمل من الجانب الآخر، ولا يتحقق العمل إلا بعد خروجه من يد رب المال، فكان هذا شرطاً موافقاً مقتضى العقد بخلاف الشركة؛ لأنها انعقدت على العمل من الجانبين، فشرط زوال يد رب المال عن العمل[1] يناقض مقتضى العقد، وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة، سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل؛ لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال، وأنه شرط فاسدٌ.

ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله، ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة؛ جاز؛ لأن الاستعانة [به][2] لا تُوجب خروج المال عن يده، وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقدٍ، لا بد من زوال يد رب المال عن ماله؛ لتصح المضاربة، حتى أن الأب أو الوصي إذا دفع مالَ الصغيرِ مضاربةً وشرط عمل الصغير، لم تصح المضاربة؛ لأن يد الصغير باقية لبقاء ملكه، فتمنع التسليم؛ وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان إذا دفع مالاً مضاربةً وشرط عمل شريكه مع المضارب؛ لأن لشريكه فيه ملكاً فيمنع التسليم.

فأما العاقد إذا لم يكن مالكاً للمال، فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب، فإن كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة، لم تفسد المضاربة؛ كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة، وشرطا أن يعملا مع المضارب بجزءٍ من الربح؛ لأنهما لو أخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما، جاز، فكذا إذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالأجنبيِّ.

وَإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة، فشرط عمله، فسد العقدُ؛ كالمأذون إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمله مع المضارب؛ لأن المأذون وإن لم يكنْ مالكاً رقبةَ المال فَيَدُ التصرفِ ثابتةٌ له عليه، فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف، فكان قيام يده مانعاً من التسليم والقبض، فيمنع صحة المضاربة.

وإن شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه، فالمضاربة فاسدةٌ؛ لأن المولى هو المالك للمال حقيقةً، فإذا حصل المال في يده، فقد وجد يد المالك، فيمنع التسليم، وإن كان عليه دين، فالمضاربة جائزةٌ في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، لأن المولى لا يملك هذا المال، فصار كالأجنبيِّ.

وأما المكاتب إذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة، لأن المولى لا يملك إكساب مكاتبه، وهو فيها كالأجنبي.

---

(١) في أ: المال.

(٢) سقط من ط.

ولو دفع إلى إنسان مالاً مضاربة وَأَمَرَهُ أن يعمل برأيه، ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة؛ على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال، فالمضاربة فاسدة؛ لأن اليد للمضارب والملك للمولى، وكلٌ ذلك يمنع من التسليم.

وقد قالوا في المضارب إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث، فالمضاربة الثانية فاسدة، والمضاربةُ الأولى على حالها جائزة، والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرطا في المضاربة الأولى، ولا أجر لرب المال.

أما فسادُ المضاربة الثانية؛ فلأن يد رب المال يد ملك، ويد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان، فلا تصحُّ المضاربة الثانية وبقيت المضاربة الأولى على حالها، ولم يذكر القدوري ـ رحمه الله ـ في «شرحه مختصر الكرخي» خلافاً، وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنَّ هذا مذهب أصحابنا الثلاثة.

وعند زفر ـ رحمه الله ـ تنفسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رَبِّ المالِ والرد عليه وجه قوله إن زوال يد رب المال شرطُ صحة المضاربة، فكانت إعادةُ يده إليه مفسدة لها.

وَلَنا أَنَّ رَبَّ المالِ يَصير معيناً للمضارب، والإعانة لا توجب إخراج مال عن يده، فيبقى العقد الأول ولا أجر لرب المال؛ لأنه عمل في ملك نفسه، فلا يستحق الأجر، وأما الذي يرجع إلى الربح فأنواعٌ:

منها إعلام مقدار الربح[1]؛ لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، ولو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح، ولم يبين مقدار الربح؛ جاز ذلك، والربح بينهما نصفان؛ لأنَّ الشركةَ تقتضي المساواة، قال الله ـ تعالى ـ، عزَّ شأنه: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾، ولو قال: على أن للمضارب شركاً في الربح؛ جاز في قول أبي يوسف، والربح بينهما نصفان.

---

(١) من جملة الشروط: أن يكون نصيب المضارب من الربح معلوماً وهذا الشرط مجمع عليه بين الفقهاء، ولم يخالف فيه أحد، وذلك لأن عقد المضاربة، يوجب الشركة في الربح الذي قد يحصل من المضاربة ولذلك فقد اتفق الفقهاء: على ضرورة اتفاق العاقدين على كيفية توزيع الربح بينهما، وأن ينص على ذلك في العقد، وبناء عليه لا يصح أن يشترط لأحدهما دراهم معلومة معدودة من الربح على أي وضع قد يؤدي إلى عدم الاشتراك في الربح، كأن يجعل ربح أحدهما ألف جنيه، والباقي للآخر، أو يجعل له نصف الربح وزيادة مائة جنيه، فقد لا يزيد الربح على ما شرط لأحدهما من الجنيهات فيؤدي ذلك إلى قطع الشركة في الربح، فتفسد المضاربة.

(تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٥٤، فتح العزيز جـ ١٢ ص ٢١، ونهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٦٦، الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤٧٢، المنتقى جـ ٥ ص ١٦٠، والمغني جـ ٥ ص ٣٤.

وقال محمدٌ: المضاربةُ فاسدة.

وجه قول محمدٍ إن الشركة هي النصيب؛ قال الله ـ تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَوٰاتِ﴾ [فاطر: ٤٠] أي: نصيب، وقال ـ تعالى ـ: ﴿وَمَا لَهُمْ فِيهِمَا مِن شِرْكٍ﴾ [سبأ: ٢٢]، أي: نصيب، فقد جعل له نصيباً من الربح، والنصيبُ مجهولٌ، فصار الربح مجهولاً.

وجه قول أبي يوسف أن الشِّرْكَ بمعنى الشَّرِكَة؛ يُقَال: شَرِكْتُهُ في هذا الأمرِ أَشْرَكُهُ شِرْكَةً وَشِركاً؛ قال القائل: [من الوافر]

وَشَارَكْنَا قُرَيْشاً فِي تُقَاهَا وَفِي أَحْسَابِهَا شِرْكَ الْعِنَانِ[1]

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً، لكن في الحملِ على الشركة تصحيح للعقد، فيحمل عليها [تصحيحاً][2].

ومنها: أن يكون المشروط لكلِّ واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً شائعاً؛ نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً، فإن شرطا عدداً مقدراً بأن شرطا أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر؛ لا يجوز، والمضاربةُ فاسدة؛ لأن المضاربةَ نوعٌ من الشركة؛ وهي الشركة في الربح، وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح؛ لجواز أن لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور، فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة، فلا يكون التصرف مضاربة.

وكذلك إن شرطا أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم، أو قالا: إلاَّ مائة درهم؛ فإنه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح[3]؛ لأنه إذا شرطا لأحدهما النصف ومائة، فمن الجائز أن يكون الربحُ مائتين، فيكون كل الربح للمشروط له، وإذا شرط له النصف إلاَّ مائة، فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة، فلا يكون له شيء من الربح.

ولو شرطا في العقد أن تَكُونَ الوضيعة عليهما، بَطَلَ الشرطُ، والمضاربةُ صحيحة، والأصل في الشرط الفاسد إذا دخل في هذا العقد أنه ينظر إن كان يؤدي إلى جهالة الربح يوجب فساد العقد؛ لأن الربحَ هو المعقود عليه، وجهالةُ المعقودِ عليه تُوجب فساد العقد، وإن

---

(١) تقدم. (٢) سقط من ط.

(٣) وذلك لأن هذا الشرط يقطع الشركة في الربح، عسى ألا يربح إلا قدر ما شرط للمضارب من الربح، أو أقل من ذلك (يستحق) المضارب جميع لك. (ولا يبقى) لرب المال شيء.
أما لو شرط للمضارب نصف الربح، أو ربح نصف المال، كانت المضاربة جائزة لاشتراط نصف ربح المال شائعاً.

كان لا يؤدي إلى جهالة الربح، يبطل الشرط، وتصح المضاربة، وشرط الوضيعة عليهما شرط فاسدٌ؛ لأن الوضيعة جزء هالك من المال، فلا يكون إلاَّ على رب المال، لا أنه يؤدي إلى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد؛ ولأن هذا عقد يتوقف صحته على القبض، فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجعُ إلى المعقود عليه؛ كالهبة والرهن، ولأنها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة[١].

وذكر محمدٌ في المضاربة إذا قال ربُّ المال للمضارب: لك ثلثُ الربح وعشرة دراهم في كلِّ شهر ما عملت في المضاربة، صحت المضاربة من الثلث، وبطل الشرط، وذكر في المزارعة إذا دفع إليه أرضه بثلث الخارج، وجعل له عشرة دراهم في كل شهر، فالمزارعةُ باطلةٌ.

مِن أصحابنا مَنْ قال في المسألة روايتان: روايةُ «كتاب المزارعة» تقتضي فسادَ المضاربة؛ لأن المشروط للمضارب من المشاهرة معقود عليه، وهو قطع عنه الشركة، وهذا يفسدُ المضاربة.

وفي رواية «كتاب المضاربة» يقتضي أن تصح المضاربة؛ لأنه عقد على ربح معلوم، ثم ألحق به شرطاً فاسداً، فيبطل الشرطُ وتصحُّ المضاربةُ، والصحيحُ هو الفرق بين المسألتين؛ لأن معنى الإِجازة في المزارعة أظهرُ منه في المضاربة، بدليل أنها لا تصحُّ إلا بمدة معلومةٍ، والمضاربة لا تفتقر صحتها إلى ذكر المدة، فالشرطُ الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة، ولا يؤثر في المضاربة.

وعلى هذا الأصل قال محمدٌ فيمن دَفَعَ ألفاً مضاربةً على أن الربح بينهما نصفين، على أن يدفع إليه ربُّ المال أرضَهُ ليزرعها سنة، أو داراً ليسكنها سنة، فالشرطُ باطلٌ، والمضاربة صحيحة، لأنه ألحق بها شرطاً فاسداً لا يقتضيه، فبطل الشرط.

ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة، أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة، فسدت المضاربة؛ لأن جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجرة الدار والأرض، فصارت حصةُ العملِ مجهولةً بالعقد[٢] فلم يصح العقد.

وروى المعلى عن أبي يوسف في رجل دفع مالاً إلى رجل مضاربةً؛ على أن يبيع في دار رب المال، أو على أن يبيع في دار المضارب ـ كان جائزاً.

---

(١) ولأنه تصرف فيه بأمره فصار كالوكيل. ينظر: تنبيه الحقائق (٥/ ٥٥، ٥٦).

(٢) في ط: العقد.

ولو شرطا أن يسكن المضارب دار ربِّ المال، أو رب المال دار المضارب، فهذا لا يجوز؛ لأنه إذا شرط البيع في أحد الدارين، فإنما خص البيع بمكان دون مكان، ولم يعقد على منافع الدار، وإذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجرة له، وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز، ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط أوْ لا تجوز المضاربة!

وذكر القدوريُّ ـ رحمه الله ـ أنه ينبغي أن يكون الفسادُ في الشرط لا في المضاربة.

ولو شرط جميع الربح للمضارب، فهو قرضٌ عند أصحابنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ هي مضاربة فاسدة، وله أجرة مثل ما إذا عمل، وجه قوله إن المضاربة عقدُ شركةٍ في الربح، فشرط قطع الشركة فيها يكونُ شرطاً فاسداً.

ولنا: أنه إذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضاً؛ لأنه أتى بمعنى القرض، والعبرة في العقود لمعانيها، وعلى هذا إذا شرط جميع الربح لرب المال، فهو إبضاع عندنا؛ لوجود معنى الإبضاع.

فصل/ في بيان أحكام المضاربة

٢/ ٢٦٢أ

وأما بيانُ حكم المضاربة[١]، فالمضاربة لا تخلو إما أن تكون صحيحة أو فاسدة، ولكلِّ واحدٍ منهما أحكامٌ، أما أحكام الصحيحة فكثيرةٌ؛ بعضها يرجع إلى حال المضارب في عقد المضاربة، وبعضها يرجع إلى عمل المضارب [ورب العمل][٢] ما لكل واحد منهما أن يعمله وما ليس له أن يعمله، وبعضها[٣] يرجع إلى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب المال بالمال.

أما الذي يرجع إلى حال[٤] المضارب في عقد المضاربةِ فهو أن رأسَ المال قبل أن يشتري المضارب به[٥] شيئاً أمانة في يده بمنزلةِ الوديعة؛ لأن قبضه بإذن المالك، لا على وجه

---

(١) وإنما سمينا هذه الأشياء حكم المضاربة؛ لأن حكم الشيء ما يثبت به، والذي يثبت المضاربة هذا.
ولذلك فإن مشايخنا رحمهم الله قالوا: إن المضاربة في ابتدائها إيداع، وعند الشروع في العمل وكالة، فإذا ظهر الربح في الانتهاء يصير شركة، وإذا خالف المضارب يصير غصباً، وإذا فسدت صارت إجارة فاسدة.
وتلك أحكام تنبني عليها، فيجب أن يراعى كل حكم منها في وقته وأوانه.

(٢) سقط من ط.

(٣) في ط: وبعضه.

(٤) في أ: جانب.

(٥) في أ: للمضاربة منه.

البدل والوثيقة، فإذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع؛ لأنه تصرف في مال الغير بأمرِهِ، وهو معنى الوكيل، فيكون شراؤه على المعروف، وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله - كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق، ولو اشترى شراء فاسداً يملك إذا قبض لا يكون مخالفاً، ويكون الشراء[1] على المضاربة، وكذا إذا باع شيئاً من مال المضاربة بيعاً فاسداً لا يصير مخالفاً ولا يضمن؛ لأن المضاربة توكيل، والوكيلُ بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والفاسد، فلا يصير مخالفاً، فإذا ظهر في المال ربحٌ، صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح؛ لأنه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله، والباقي لرب المال، لأنه نماء ماله، فإذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الأجير لربِّ المال، فإذا خالف شرط رب المال، صار بمنزلة الغاصب، ويصير المال مضموناً عليه، ويكون ربحُ المالِ كلُّه بعد ما صار مضموناً عليه - له؛ لأن الربح[2] بالضمان لكنه لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمدٍ - رحمه الله -.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - يطيب له، وهو على اختلافهم في الغاصب والمودع إذا تصرَّفَا في المغصوب والوديعة وربحَا.

ولو أراد ربُّ المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب، فالحيلةُ في ذلك أن يقرض المالَ من المضارب، ويشهد عليه ويسلمه إليه، ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث، ثم يدفعه إلى المستقرض فيستعين به في العمل، حتى لو هلك في يده كان القرضُ عليه، وإذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط[3].

---

(١) في أ: المشتري. (٢) في أ: الخراج.

(٣) والأجير عند الفساد له أجر مثله، أما الربح كله فيكون لرب المال، إلا في الوصي إذا أخذ مال الصغير مضاربة، وشرط لنفسه عشرة دراهم فإنه لا أجر له إذا عمل، كذا في أحكام الصغار، ولا ضمان عليه إذا فسدت بالهلاك من غير صنعه.

والأحكام (إيداع، وكالة، شركة) فهي أحكام صحة بلا شك.

أما الحكمان الغصب، أجير إذا فسدت المضاربة وصارت إجارة فاسدة، ففيهما خلل.

وذلك لأن مغني الإجارة، إنما يظهر إذا فسدت المضاربة. ومعنى الغصب، إنما يتحقق إذا خالف المضارب، فكان متعدياً.

وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة، مناف لصحتها، فكيف يصح: أن تجعل الإجارة والغصب حكماً من أحكامها، وحكم الشيء ما يثبت به، والذي ثبت ثمناً فيه لا يثبت قطعاً.

لا يقال: إن الإجارة والغصب، وإن لم يصلحا أن يجعلا حكماً للمضاربة الصحيحة، إلا أنهما يصلحان أن يجعلا حكماً للمضاربة الفاسدة، فمن أدرجهما في أحكام المضاربة، يريد بأحكامهما أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أم فاسدة، وذلك لأنا نقول لا شك أن ما ذكر في قرائنها من ركنها وشرطها وغيرهما، إنما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير، ففي أحكامها لا بد أن يكون كذلك.

وحيلةٌ أخرىٰ أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب إلا درهماً واحداً، ويسلمه إليه ويشهد على ذلك، ثم إنهما يشتركان في ذلك شركة عنان؛ على أن يكون رأس مال المقرض درهماً، ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض؛ على أن يعملا جميعاً وشرطا أن يكون الربح بينهما، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصّة في المال، فإن هلك المال في يده، كان القرضُ على حاله، ولو ربح كان الربحُ بينهما على الشرطِ.

ـ وأما الذي يرجعُ إلى عمل المضارب مما له أن يعمله بالعقدِ وما ليس له أن يعمل به: فجملةُ الكلام فيه أن المضاربة نوعان: مطلقةٌ، ومقيدة.

فالمطلقةُ أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل، والمكان، والزمان، وصفة العمل، وَمَنْ يعامله، والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك(١).

(١) المضاربة نوعان كما حكى المصنف عليه رحمة الله «مطلقة» ـ وذلك بأن تكون صيغة المضاربة مطلقة عارية من كل قيد مفيد، أو قيداً يقيد حرمة المضارب، وغير مقيدة بسلعة معينة، أو بلد أو شخص، فإذا كانت كذلك كانت مطلقة أو عامة.
والقيد المقيد، ما لم يكن مؤدياً إلى مخالفة مقتضى العقد من الاشتراك في الربح، والتخلية بين العامل ورأس المال، وعدم التجهيل في ربح أحدهما، واعتبار العامل أميناً، وعدم التزامه بشيء من الخسارة، أو التلف الذي لا يدل فيه، وعدم كفه عن التصرف المعتاد الذي يتطلبه عرف التجار والتجارة، وذلك لأنه قد يربح في جهة من التصرف دون جهة، أو في نوع من الأنواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه، وهو تحصيل الربح، والتوكيل والإبضاع، والمسافرة من صنيعهم.
أما تصرف المضارب في كل واحد من النوعين فهو ينقسم إلى أربعة أنواع:
النوع الأول: نوع يملكه المضارب بمطلق العقد، دون حاجة إلى إذن صريح من رب المال أو إلى قوله اعمل برأيك، والتصرفات تعتبر من مقتضيات المضاربة وما يتفرع عنها، هي جميع ما يتناوله أعمال التجار عادة، فللمضارب الحق في القيام بهذه التصرفات بمجرد إبرام العقد، فله أن يقوم بالبيع والشراء، ويملك التوكيل فيها، وإن لم يؤذن بذلك صراحة، ويملك كذلك الإيداع والإبضاع والرهن والارتهان، والإيجار والاستئجار، والسفر إلى بلد آخر وغير ذلك من الأعمال التي تسهل له الحصول على الربح.
النوع الثاني: نوع لا يملكه بمقتضى العقد، ويملكه إذا قال له رب المال اعمل برأيك، وإن لم ينص عليه، وهو ما يحتمل أن يلحق بعمل المضاربة، فيلحق به عند وجود الدلالة، ومن ذلك:
١ ـ خلط مال المضاربة بماله.
٢ ـ إعطاء مال المضاربة، مضاربة أو شركة لشخص ثالث.
النوع الثالث: نوع لا يملكه إلا بنص صريح من رب المال، وهو الاستدانة على مال المضاربة، لأن فيه شغل ذمة رب المال بالدين فإذا أذن له بها نصاً، جازت، والإقراض والهبة، والصدقة والعتق، ولو على مال، لأن ذلك كله ليس من قبيل التجارة فلا يملكه المضارب إلا بنص.
النوع الرابع: نوع لا يملكه المضارب أصلاً، وليس له أن يعمله رأساً، وإن نص عليه كشراء ما لا يملك بالقبض، كشراء الميتة والدم والخنزير وأم الولد، والمكاتب، وذلك لأن المضاربة تتضمن الإذن بالتصرف =

وتصرفُ المضارب في كلِّ واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام: قسم منه [ما][(١)] للمضارب أن يعمله من غير الحاجة إلى التنصيص عليه، ولا إلى قول: اعملْ برأيك فيه، وقسمٌ منه ما ليس له أن يعمل، ولو قيل له: اعمل فيه برأيك، إلا بالتنصيص عليه، وقسمٌ منه ما له أن يعمله إذا قيل له اعمل فيه برأيك، وإن لم ينص عليه، وقسمٌ منه ما ليس له أن يعمله رأساً وإن نص عليه.

وَأمّا القسم الذي للمضارب أن يعمله من غير التنصيص عليه [ولا قول][(٢)] اعمل برأيك؛ كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيد، وهي ما إذا قال له: خذ هذا المال واعمل به عَلَىٰ أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا، أو قال: خذْ هذا المال مضاربةً على كذا، فله أن يشتري به ويبيع؛ لأنه أمره بعملٍ هو سبب حصول الربح؛ وهو الشراء والبيع، وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع، إلا أن شراءه يَقَعُ على المعروف، وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري أو بأقل من ذلك مما [لا][(٣)] يتغابنُ الناسُ في مثله؛ لأنه وكيل، وشراءُ الوكيل يَقَعُ على المعروف.

فإن اشترىٰ بما لا يتغابن الناس في مثله، كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء.

= الذي يحصل به الربح، والربح لا يحصل إلا بالشراء، فما لا يملك بالشراء لا يحصل فيه ربح، وما يملك بالشراء، لكن لا يقدر على بيعه، لا يحصل فيه ربح أيضاً؛ فلا يدخل تحت الإذن.

وكشراء ما لا يجوز بيعه إذا قبضه، كأن يشتري المضارب من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها، فإذا فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة وذلك لأنه لو وقع شراؤه للمضاربة، لعتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك، فلا يحصل المقصود من العقد، وهو الربح. .

الثانية: مقيدة ـ والتي قيدت بزمن أو بلد أو سلعة أو شخص أو نوع من أنواع التجارة، حكمها حكم المضاربة المطلقة، في جميع أحوالها، لا تفارقها إلا في قدر القيد والأصل فيه. إن كان مفيداً يثبت، وذلك لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن، وإذا كان القيد مقيداً، وكان يمكن الاعتبار فيعتبر، لقول النبي ﷺ: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، فتتقيد بالمذكور، ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الأصل المعهود في المطلق، إذا قيد ببعض المذكور، أنه يبقى مطلقاً، فيما وراءه كالعام إذا خص منه بعضه. أنه يبقى عاماً فيما وراءه. وإن لم يكن مقيداً، لا يثبت، بل يبقى مطلقاً، وذلك لأن ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم.

وحقيقة الفقه في ذلك: أن الإذن كان عدماً، وإنما يحدث بالعقد، فيبقى فيما وراء ما يتناوله العقد على أصل العدم.

الحقائق ٥/٥٧، ٥٩، ٦٨ المعاملات في فقه أبي حنيفة ص ٢٤٠، الشركات في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص ٨٣.

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: والقول فيه.

(٣) سقط من ط.

وأما بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ـ رضي الله، تعالى، عنهم ـ في التوكيل بمطلق البيع؛ أنه يملك البيع نقداً ونسيئة[١]، وبغبن فاحشٍ في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ فالمضاربُ أَوْلَى؛ لأن المضاربةَ أعمُّ من الوكالة، وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله، وهي من مسائل «كتاب الوكالة»، وله أن يشتري ما بَدَا له من سائر/ أنواع التجارات في سائر الأمكنةِ مع سائر الناس؛ لإطلاق العقدِ. ٢/٢٦٢ب

وله أن يدفعَ المال بضاعة، لأن الإبضاع من عادةِ التجار؛ ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح، والإبضاعُ طريقٌ إلى ذلك، ولأنه يملك الاستئجار فالإبضاع أولى؛ لأن الاستئجار استعمالٌ في المال بعوض، والإبضاع استعمالٌ فيه بغير عوض، فكان أَوْلَى.

وله أن يودع؛ لأن الإيداع من عادة التجار، ومن ضرورات التجارة.

وله أن يستأجر من يعمل في المال؛ لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضاً؛ لأن الإنسان قد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه، فيحتاج إلى الأجير، وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها؛ لأنه لا يقدر على حفظ المال إلا به، وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل، لأن الحمل[٢] من مكان إلى مكانٍ طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه.

وله أن يوكل بالشراء والبيع؛ لأن التوكيلَ من عادة التجار؛ ولأنه طريق الوصول إلى المقصود وهو الربح، فكان بسبيل منه كالشريك؛ ولأن المضاربة أعم من الوكالة، ويجوزُ أن يستفاد بالشيء ما هو دونه، بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة إلاَّ إذا قيل له: اعمل برأيك؛ لأن المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح، بل إدخال المبيع في ملكه؛ وكذا الوكالة الثانية مثل الأولى، والشيء لا يستتبع مثله، وكل ما [كان][٣] للمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غَيْرَهُ؛ وكلٌّ ما لا يكون له أن يفعله بنفسه

---

(١) النسيئة: بالهمزة على وزن فعيلة، وربما تدغم بعد التخفيف «الخطيئة»، والنساء بالمد التأخير.
وإنما جاز له النسيئة، لأنه عسى ألا يحصل له الربح إلا بالنسيئة وقد قال ابن ليلى، ليس له أن يبيع بالنسيئة، وذلك لأنه تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة، ويعجزه عن التصرف فيه، فيكون موجباً لضد مقصود رب المال، فصار كالإقراض، بل فوقه، وذلك لأن القرض يمكن الوصول إليه في الحال بواسطة الطلب، وهذا لا يمكن، فيكون فيها نوع إهلاك أو تبرع، ولهذا لو باع المريض بالنسيئة يعتبر من الثلث.
ونحن نقول: البيع بالنسيئة من صنيع التجار، وهو متعارف عندهم فيدخل عند الإطلاق، لأن المتعارف كالمنصوص عليه، وهو أقرب إلى تحصيل الربح عادة، فكان أوفق لمقصود رب المال.
(حاشية الطحطاوي ٣/٣٦٤، تبيين الحقائق ٥/٥٨، المبسوط ٢٢/٣٨).

(٢) في أ: النقل.

(٣) سقط من ط.

لا يجوز فيه وكالتُهُ على ربِّ المال؛ لأنه لما لم يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى.

وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة، وَأَنْ يرتهن بدين له منها على رجلٍ؛ لأن الرهن بالدين والارتهان من باب الإيفاء والاستيفاء، وهو يملك ذلك، فيملك الرهن والارتهان.

وليس للمضارب[١] أن يرهن بعد نهي رب المال عن العمل ولا بعد موته؛ لأن المضاربة تبطل بالنهي والموت، إلا في تصرف ينض[٢] به رأس المال، والرهن ليس تصرفاً ينض[٣] به رأس المال فلا يملكه المضاربُ.

ولو باع شيئاً وأخر الثمن، جاز؛ لأن التأخير للثمن عادةُ التجار، وأما على أصل أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ فلأن الوكيل بالبيع يملكُ تأخير الثمن، فالمضارب أولى؛ لأن تصرفه أعم من تصرف الوكيل، إلاَّ أن الوكيل بالبيع إذا أخر الثمن يضمن عندهما، والمضارب لا يضمن، لأن المضارب يملكُ أن يستقبل ثم يبيع نسيئة، فيملك التأخير ابتداء، فلم يضمن، فأما الوكيل فلا يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة، فإذا أخر ضَمِنَ.

وأما عند أبي يوسف فإنَّما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضاً، وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقيل فيها. ثم يبيعها نساء، فيملك تأخير ثمنها، والوكيلُ لا يملك ذلك، وله أن يحتالَ بالثمن على رجل؛ موسراً كان المحتالُ عليه أو معسراً؛ لأن الحوالة من عادة التجار؛ لأن الوصولَ إلى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال عليه من ذمة المحيل؛ بخلاف الوصي إذا احتال بمال اليتيم أن ذلك إن كان أصلح جاز، وإلاَّ فلا؛ لأن تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر، وتصرف المضارب مبني على عادةِ التجار.

قال محمدُ: وله أن يستأجر أرضاً بيضاء ويشتري ببعض المال طعاماً فيزرعه فيها؛ وكذلك له أن يقلبها ليغرس فيها نخلاً أو شجراً أو رطباً؛ فذلك كلُّه جائز، والربح على ما شرطا؛ لأن الاستئجار من التجارة؛ لأنه طريق حصول الربح؛ وكذا هو من عادة التجار، فيملكه المضارب.

وللمضارب أن[٤] يسافر بالمال؛ لأن المقصودَ من هذا العقد استنماء المال، وهذا المقصود بالسفر أوفر، ولأن العقد صدر مطلقاً عن المكان، فيجري على إطلاقه؛ ولأن مأخذ الاسم دليل عليه؛ لأن المضاربةَ مشتقةٌ من الضرب في الأرض، وهو السير، قال الله ـ تبارك

---

(١) في ط: له.
(٢) في ط: ينضر.
(٣) في ط: ألاً.
(٤) في أ: ولا وجد منه ما يدل عليه فلم يكن له أن يسافر.

وتعالى ـ: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللهِ﴾ [المزمل: ٢٠]؛ ولأنه طلب الفضل، وقد قال الله ـ تعالى، عزَّ شأنه ـ: ﴿وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللهِ﴾ [الجمعة: ١٠] وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف في رواية محمد عنه، وفي رواية أصحاب الإملاء عنه ليس له أن يسافر.

وروي عنه أنه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت، وبين ما له حملٌ ومؤنة وبين ما لا حمل له ولا مؤنة في الشركة، فالمضارب على ذلك، وقد ذكرنا وجه كلٍّ واحد من ذلك في «كتاب الشركة».

وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه إذا دفع إليه المال بالكوفة وهما من أهليها؛ فإن أبا حنيفة قال: ليس له أن يسافر بالمال.

ولو كان الدفع في مِصْرٍ آخر غير الكوفة، فللمضارب أن يخرج به حيث شاء، وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في «كتاب الشركة».

٢/٢٦٣أ وأما وجه/ رواية أبي يوسف عنه؛ فهو أن المسافرةَ بالمال مُخَاطَرَةٌ به، فلا يجوز إلاَّ بإذن رب المال نصًا أو دلالةً، فإذا دفع المال إليه في بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصًا [ودلالة لم يكن له أن يسافر][1]، وإذا دفع إليه في غير بلدهما، فقد وجد دلالة الإذن بالرجوع إلى الوطن؛ لأن العادة أن الإنسان لا يأخذ المال مضاربةً ويتركُ بلده[2]؛ فكان دفع المال في غير بلدهما رضاً بالرجوع إلى الوطن، فكان إذناً دَلاَلَةً، وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية، لأن الإذن بالتجارة من التجارة؛ ومن عادة التجار أيضاً.

وروى ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك بإطلاق المضاربة، لأن الإذن بالتجارة أعم من المضاربة، فلا يستتبع ما هو فوقه، وله أن يبيعهم إذا لحقهم دين، سواء كان المولى حاضراً أو غائباً؛ لأن البيع في الدين من التجارة، فلا يقف على حضور المولى.

وَلَوْ جنى عَبْدَ المضاربة بأن قتل إنساناً خطأ، وقيمتهُ مثل مال المضاربة[3]؛ بأن كان رأس المال ألف درهم، فاشترى بها عبداً قيمته ألف فقتل إنساناً خطأً ـ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء؛ لأن الدفع أو الفداء ليس من التجارة، ولا ملك أيضاً للمضارب في رقبته؛ لانعدام الفعل والتدبير في جنايته إلى رب المال، لأن رقبَتَه خالص ملكه، ولا ملك للمضارب فيها،

(١) في أ: وطنه.

(٢) وجملة الأمر: أن للمضارب الأمن العام المعروف بين الناس، وليس له أن يعمل ما فيه ضرر، ولا يعمل به التجار، ولا أن يبيع إلى أجل لا يبيع التجار إليه، ولا أن يحمل إلى السفر المخوف الذي يخافه التجار، لأن مطلق الأمن ينصرف إلى ما يتعارفه الناس.

(٣) في ط: المضارب.

بخلاف عبد المأذون إذا جنى؛ أنه يخاطب المأذون بالدفع أو الفداء مع غيبة المولى، لأن العبد المأذون في التصرف كالحرّ؛ لأنه يتصرف لنفسه كالحر، بدليل أنه لا يرجع بالعهدة على المولى، ولو كان متصرفاً للمولى لرجع بالعهدة عليه، فلما لم يرجع دَلَّ أنه يتصرف لنفسه، وإنما يظهر حق المولى في كسبه عند فراغِهِ عن حاجته، فإذا تعلقت الجنايةُ برقبته، صارت مشغولة، فلا يظهر حق المولى، فيخاطب بالدفع كالحر.

فأما المضارب فإنه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجعَ بالعهدة عليه، والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية، فهو الفرق بين المسألتين[1]، فإن اختار رب المال الدفع، واختار المضاربُ الفداء، فله ذلك؛ لأنه بالفداء يستبقي مال المضاربة، وله فيه فائدة في الجملة لتوهم الربح.

ولو دفع ربُّ المال أو فدى؛ خرج العبد من المضاربة.

أما إذا دفع فلا شك فيه؛ لأن بالدفع زال ملكه [عنه][2] لا إلى بدلٍ، فصار كأنه هلك، وإذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة، ولأن اختيار الفداء دليل رغبته في عين العبد، فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح؛ لأن ذلك بالبيع.

ولو كان قيمة العبد ألفين، فجنى جناية خطأ، لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء إذا كان رَبُّ المال غائباً لما قلنا، وليس لأصحاب الجنايةِ على المضارب ولا على الغلام سبيلٌ، إلا أن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيلٍ إلى أن يقدم المولى؛ وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء إذا كان المضاربُ غائباً، وليس لأحدهما أن يفدي حتى يحضُرَا جميعاً، فإن فدى كان متطوعاً بالفداء، فإذا حضرا دفعا أو فديا، فإن دفعا فليس لهما شيءٌ، وإن فديا كان الفداء عليهما أرباعاً، وخرج العبد من المضاربة، وهذا قول أبي حنيفة ومحمدٍ.

وقال أبو يوسف: حضوُر المضاربِ ليس بشرطٍ، ويخاطب المولى بحكم الجنايةِ.

وجه [قول أبي يوسف][3] إن نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعين رأس المال؛ لأن التعيين بالقسمة ولم توجد، فبقي المال على حكم ملك رب المال، فكان هو المخاطب بحكم الجناية، فلا يشترط حضور المضارب.

ولهما أنه إذا كان في المضاربةِ فضل، كان للمضارب ملك في العبد، ولهذا لو أعتقه نفذ إعتاقه في نصيبه، وإذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه، فلا بد من حضوره.

---

(١) في أ: الفصلين. (٢) سقط من ط.
(٣) في ط: قوله.

وأما [قول أبي حنيفة][١]: إن حقه لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال ـ فممنوع[٢]، بل تعين ضرورة لزوم الفداء في نصيبه ولا يلزم إلاَّ بتعيين حقه، ولا يتعين حقه إلا بتعيين رأس المال، ولا يتعين رأس المال إلا بالقسمة، فثبتت القسمة ضرورة، فإن اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك؛ لأن كان واحد منهما مالك لنصيبه، فصار كالعبد المشترك، غير أن في العبد المشترك إذا حضر أحدُ الشريكين وغاب الآخر؛ يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو[٣] الفداء، وهٰهنا لا يخاطب واحدٌ منهما ما لم يحضرَا جميعاً؛ لأن تصرف أحدهما يتضمن قسمة؛ لأن المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء، والقسمة لا تصح إلاَّ بحضرتهما، والدفع أو الفداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكماً في حق الشريك الآخر، فلا يقف على حضوره، وهذا بخلاف العبد المرهون؛ إذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ أنه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجنايةِ، فإن اختار أحدُهما الدفع والآخر الفداء؛ لم يكن لهما/ ذلك، ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين؛ لأن الملك هناك واحدٌ، فاختلاف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحدٍ؛ وهذا لا يجوز؛ كالعبد الذي ليس برهن، وهنا مالك العبد اثنان، فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد.

٢/٢٦٣ب

وقد قالوا: إذا غاب أحدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضرَا؛ لأن كل واحد منهما له حق [في][٤] العبد، فكان التدبير في الجناية إليهما، فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر، وَإنما أخذ بالعبد كفيل لأنه لا يؤمن عليه أن يغيب، فيسقط حق ولي الجناية، لأن حقه تعلق برقبته، فكان له أن يستوثق حقه بكفيل.

وحقوق العقد في الشراء والبيع ترجع إلى المضارب لا إلى رب المال؛ لأن المضارب هو العاقد، فهو الذي يطالب بتسليم المبيع، ويطالب بتسليم الثمن، ويقبض المبيع والثمن، ويَرُدُّ بالعيب ويُرَدُّ عليه، ويخاصم ويخاصم؛ لما قلنا.

ولو اشترىٰ المضارب عبداً معيباً قد علم ربُّ المال بعيبه ولم يعلم به المضارب؛ فللمضارب أن يرده؛ ولو كان المضارب[٥] علم بالعيب ولم يعلم به رب المال، لم يكن للمضارب أن يرده لأن حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال، فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال.

---

(١) في ط: قوله.
(٢) في أ: يتنزل.
(٣) في أ: و.
(٤) سقط في ط.
(٥) سقط في ط.

ولو اشترى عبداً فظهر به عيب، فقال رب المال بعد الشراء: رضيتُ بهذا العبد بطل الرد؛ لأنَّ الملك لرب المال، فإذا رضي به فقد أبطل حق نفسه، ولو أنَّ رب المال دفع إليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها عبد فلان بعينه، ثم يبيعه، فاشتراه المضارب ولم يره، فليس له أن يرده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب؛ لأن أمره بالشراء بعد العلم رضاً منه بذلك العيب، فكأنه قال بعد الشراء قد رضيت؛ بخلاف ما إذا أمره بشراء عبد غيرِ معينٍ؛ لأنه لا يعلم أنه يشتري العبد المعيب لا محالة ـ حتى يكون علمه دَلاَلَةَ الرضا به، وهل له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبيٌ إلى جنب دار المضارب، أو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة، ففيه تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى.

ولو دفع المال إلى رجلين مضاربة؛ فليس لأحدهما أن يبيع ويشتري بغير إذن صاحبه، ولا يعمل أحدهما شيئاً مما للمضارب الواحد أن يعمله، سواء قال لهما: اعملا برأيكما أو لم يقل؛ لأنه رضي برأيهما ولم يرض برأي أحدهما، فصارا كالوكيلين، وإذا أذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قولهم جميعاً؛ لأنه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما، فصار كأنهما عقدا جميعاً.

وأما القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله إلا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة، فليس له أن يستدين على مال المضاربة، ولو استدان لم يجز على رب المال، ويكون ديناً على المضارب في ماله؛ لأن الاستدانة إثباتُ زيادة في رأس المال من غير رضا رب المال، بل فيه إثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه؛ لأن ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمونٌ على رب المال؛ بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم ـ فإن المضارب يرجع إلى[1] رب المال بمثله، فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به، وهذا لا يجوز.

ثم الاسْتِدَانَة هِيَ: أنْ يشتري المضارب شيئاً بثمن دين ليس في يده من جنسه، حتى أنه لو لم يكن في يده شيء من رأس المال من الدراهم والدنانير؛ بأن كان اشترى برأس المال سلعة، ثم اشترى شيئاً بالدراهم أو الدنانير، لم يجز على المضاربة، وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله؛ لأنه اشترى بثمن ليس في يده من جنسه، فكان مستديناً على المضاربة، فلم تجز على رب المال، وجاز عليه؛ لأن الشراء وجد نفاذاً عليه؛ كالوكيل بالشراء إذا خالف، وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل؛ مؤجل؛ لأنه لما اشترى بما ليس في يده من جنسه، صار مستديناً على المضاربة وهو لا يملك ذلك.

---

(١) في أ: على.

ولو كان ما في يد المضارب من العبد أو العرض يساوي رأس المال أو أكثر، فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض ويؤدي ثمنه منها؛ لم يجز، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً؛ لما ذكرنا أنه استدانة.

ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حِلِّ الأجل، لم ينتفع بذلك؛ لأنه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له؛ لأنه لم يملك الشراء للمضاربة، فوقع العقد له، فلا يصير بعد ذلك للمضاربة؛ وكذا إذا قبض المضارب مال المضاربة، ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال الذي في يده؛ لأن الزيادة تكون ديناً، وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه؛ حتى لو اشترى سلعة بألفي درهم، ومالُ المضاربة/ ألفٌ، ٢/٢٦٤أ كانت حصةُ الألف من السلعة المشتراة للمضاربة، وحصة ما زاد على الألف للمضارب خاصَّة، له ربح ذلك وعليه وضيعته، والزيادة دين عليه في ماله؛ لأنه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة، ويملك الشراء لنفسه فوقع له.

وكذا إذا قبض المضارب رأس المال وهو قائمٌ في يده، فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل، والموزون، والمعدود، والثوب الموصوف المؤجل، إذا لم يكن في يده شيء من ذلك؛ لأن الشراء بغير المال يكون استدانة على المال.

ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون، فاشترى ثوباً أو عبداً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة، كان المشتري للمضارب؛ لأن في يده من جنسه، فلم يكن استدانة.

ولو كان في يده دراهم، فاشترى سلعة بدراهم نسيئة، لم يكن استدانة؛ لأن في يده من جنسه، ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير، أو كان في يده دنانير فاشترى بدراهم - فالقياس أن لا يجوز على رب المال، وهو قول زفر، وفي الاستحسان يجوزُ.

وجه القياس أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة، فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه، فيكون استدانة؛ كما لو اشترى بالعروض.

وجه الاستحسان [أن الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد؛ لأنهما أثمان الأشياء][1] بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيم[2] المتلفات، ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر، فكانا بمنزلة شيء واحدة، فكان مشترياً بثمن في يده من جنسه.

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: أنهما عند التجارة كجنس واحد لأنهما من الأثمان.

(٢) في ط: وقيمة.

وكذلك لو اشترى بثمن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة، بأن اشترى بدراهم بيض ورأس المال دراهم سود، أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة، أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض، أو اشترى بدراهم غلة ورأس المال صحاح ـ فذلك جائز على المضاربة.

وقال زفر: لا يجوز شيءٌ من ذلك على المضاربة، ويكون استدانة، ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس.

وقال محمد: إن اشترى بما صفته أنقص من صفة رأس المال جاز، وهذا يشير إلى أنه لو اشترى بما صفته أزيد من صفة رأس المال أنه لا يجوز على المضاربة، ووجهه أنه إذا اشترى بما صفته أنقص من صفة رأس المال، كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة، فجاز.

وإذا اشترى بما صفته أكمل، لم يَكُنْ في يده القدر الذي اشترى به، فلا يجوز على المضارب، والصحيحُ قول أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ؛ لأنه لما جاز عند اختلاف الجنس، فلأن يجوز عند اختلاف الصفة أولى؛ لأن تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس.

ولو كان رأس المال ألف درهم، فاشترى سلعة بألف أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك ألف، لا يملك أن يشتري بعد ذلك على ألف المضاربة شيئاً بألفٍ أخرى أو غير ذلك؛ لأن مال المضاربة كان مستحقًّا بالثمن الأول، فلو اشترى بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة، فلا يملك ذلك، فإن اشترى عليها أولاً عبداً بخمسمائة؛ لا يملك بعد ذلك أن يشتري إلا بقدر خمسمائة؛ لأن الخمسمائة خرجت من المضاربة، وكذلك كل دين يلحق رأس المال؛ لأن ذلك صار مستحقًّا من رأس المال، فيخرج القدر المستحق من المضاربة، فإذا اشترى بأكثر مما بقي صار مستديناً على مال المضاربة، فلا يصح.

ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة، فحصل في يده صنوف من الأموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الأموال، ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس ـ فليس له أن يشتري متاعاً بثمن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره؛ بأن اشترى عبداً بكرِّ حنطةٍ موصوفة، فإن اشترى بكر حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده [الجيد][1]، جاز، وإن كان في يده أجود مما اشترى به أو أدون، لم يكن للمضاربة، وكان للمضارب؛ لأنه إذا لم يكن في يده مثل الثمن، صار مستديناً على

(١) سقط في ط.

المضاربة، فلا يجوز، وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم؛ لأن اختلاف الجنس هناك بين[١] الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز، فاختلاف الصفة أولى؛ لأنه دونه، واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز، فكذا اختلاف الصفة.

ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال، يستوي فيه ما إذا قال ربُّ المالِ: اعمل برأيك، أو لم يقلْ؛ لأن قوله «اعمل برأيك» تفويضٌ إليه فيما هو من المضاربة، والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة، فلا يملكها المضارب إلا بإذن رب المال بها نَصًّا.

ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة، لا يجوز له الاستدانة على إصلاح مال المضاربة، حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثياباً ثم/ استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها، كان متطوعاً في ذلك كله؛ لأنه إذا لم يبق في يده شيءٌ من رأس المال، صار بالاستئجار مستديناً على المضاربة، فلم يجز عليها، فصار عاقداً لنفسه، متطوعاً في مال الغير، كما لو حمل متاعاً لغيره أو قصر ثياباً لغيره بغير أمره. ٢/ ٢٦٤ب

وقال محمد: وكذلك إذا صبغها سوداً من ماله فنقصها ذلك؛ لأن الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريكاً بالسواد؛ لأنه لم يوجب في العين زيادة، بل أوجب نقصاناً فيها، ولا يضمن بفعله، سواء قال له: «اعمل برأيك، أو لم يقل؛ لأنه مأذونٌ فيه بعقد المضاربة، بدليل أنه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به سوداً فنقصها ذلك؛ لم يضمن، وكذلك إذا صبغها بمال نفسه، ولو صبغ المتاع بعصفر أو زعفران أو صبغٍ يزيدُ فيها، وليس في يده من مال المضاربة شيء.

فإن كان لم يقل «اعمل برأيك»، فهو ضامنٌ، وربُّ المال بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم إليه المتاع، وإن شاء ترك المتاع حتى يباع، فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض، وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه؛ لأن الصبغ عين مال قائم، فما أصاب المتاع فهو مال المضاربة، وما زاد الصبغ فللمضارب خَاصَّة؛ لأن الصبغ استدانة على المال؛ وذلك لا يجوز، فصار الصبغ من غير المضاربة، والمضارب إذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له: اعمل برأيك، يضمن، وصار كأجنبيٍّ خلط المال.

ولو صبغ الثياب أجنبيٌّ؛ كان للمالك الخيار: إن شاء ضمنه قيمتها، وإن شاء تركها على الشركة وتضاربا بثمنها على الشركة؛ كذا هذا.

---

(١) في أ: من.

وإن كان قال له «اعمل برأيك» فلا ضمان عليه؛ لأنه إذا قال [له][(١)] ذلك، فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة، والصبغ على ملكه، فلا يضمن بخلطه، وصار المتاع بينهما، فإذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض، فما أصاب ذلك كان في المضاربة، وما أصاب الصبغ كان للمضارب.

وإذا أذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة؛ جاز له الاستدانة، وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه، وكان المشتري بينهما نصفين؛ لأنه لا يمكن[(٢)] أن يجعل المشتري بالدين مضاربة؛ لأن المضاربة لا تجوز إلا في مال عين، فتجعل شركة وجوه، ويكون المشتري بينهما نصفين؛ لأن مطلق الشركة يقتضي التساوي، وسواء كان الربحُ بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثاً؛ لأن هذه شركة على حدة، فلا يبني على حكم المضاربة، وقد بينا في «كتاب الشركة» أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه إلا بشرط التفاضل في الضمان، فإن شرطا التفاضل في الضمان، كان الربح كذلك، وإن أطلقا كان المشتري نصفين؛ لا يجوز فيه التفاضل في الربح.

وإذا صارت هذه الشركة وجوه، صار الثمن دَيْناً عليهما من غير مضاربة، فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة إلا بإذن ربِّ المال، فإن أذن له أن يرهن بجميع الثمن، فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه، وإن هلك صار مضموناً عليه، وليس له أن يقرض مال المضاربة، لأن القرض تبرع في الحال، إذ لا يقابله عوض للحال، وَإنَّما يصير مبادلة في الثاني، ومال الغير لا يحتمل التبرع.

وكذلك الهبة والصدقة؛ لأن كلَّ واحد منهما تبرعٌ، ولا يأخذ سفتجة، لأن أخذها استدانة؛ وهو لا يملك الاستدانة.

وكذا لا يعطي سفتجة[(٣)] لأن إعطاء السفتجة إقراض وهو لا يملك الإقراض إلا بالتنصيص عليه؛ هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال: ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى[(٤)] يأمره بذلك بعينه، فيقول له: خذ السفاتج وأقرض إنْ أحببت.

فأما إذا قال له: اعمل في ذلك برأيك، فإنما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال، وهذا قول أبي يوسف وقولنا؛ لما ذكرنا أن قوله: اعمل في ذلك برأيك

---

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: يحتمل.
(٣) السُفْتَجَةُ: أن يعطي آخر مالاً، وللآخر مالٌ في بلد المعطي فيوفيه إياه هناك، فيستفيد أمن الطريق المعجم (سفتجة).
(٤) في أ: إلا أن.

ـ تفويض الرأي إليه في المضاربة، والتبرع ليس من عمل المضاربة، وكذا الاستدانة، بل هي عند الإذن شركة وجوه، وهي عقد آخر وراء المضاربة، وهو إنما فوض إليه الرأي في المفاوضة خاصَّة، لا في عقد آخر لا تعلق له بها، فلا يدخل في ذلك، وليس له أن يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله، وإن قال له: اعمل برأيك، ولو اشترى يصير مخالفاً، لأن المضاربة توكيل بالشراء، والتوكيل[1] بالشراء مطلقاً ينصرف إلى المُتَعَارَفِ، وهو أن يكون بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس في مثله؛ ولأن الشراءَ بما لا يتغابن في مثله محاباةٌ، والمحاباةُ تبرعٌ، والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة، وليس له أن/ يعتق على مال؛ لأن إزالة الملك عن الرقبة ٢/ ٢٦٥أ بدين في ذمة المفلس، فكان في معنى التبرع؛ ولأنه ليس بتجارةٍ؛ إذ التجارةُ مبادلة المال بالمال، وهذا مبادلة العتق بالمال؛ وليس له أن يكاتب لأن الكتابة ليست بتجارةٍ، لانعدام مبادلة المال بالمال؛ لهذا لا يملكه المأذون له في التجارة، وليس له أن يعتق عبداً من المضاربة إذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال، فإن أعتق لم ينفذ، لأن العقد السابق لا يفيده، ولأنه لا يملك الإعتاق على مال وفيه معنى المبادلة، فالإعتاق بغير مال أولىٰ، ولا ملك للمضارب في العبد مما لا ينفذ إعتاقه، وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يَكُنْ؛ لأن العبدَ إذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه؛ لم يتعين للمضارب فيه حَقٌّ؛ لأنه مشغولٌ برأس المال، بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبدُ رأس المال.

وإن كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال، جَازَ إعتاقُه في قدر حصته من الربح؛ لأنه إذا كان قيمته أكثر من رأس المال، فقد تعين للمضارب فيه ملك، فينفذ إعتاقه في قدر نصيبه؛ كعبدٍ بين شريكين أعتقه أحدهما؛ وكذلك إن كاتب عبداً من المضاربة أو أعتقه على مال، ولم يكن فيه فضلٌ ـ أنه لم يجز، وإن كان فيه فضل، كان كعبد بين شريكين أعتقه أحدُهما على مالٍ، فإذا قبل العبد عتق عليه نصيبه، وكان رب المال بالخيار، ولربِّ المال فسخ الكتابة قبل الأداء؛ لأنه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني، أما في الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته، ما دام شيء منه؛ فكذا هذا.

وأما الثاني: فلأنه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال، فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ؛ لأن الكتابة قابلة للفسخ؛ فله أن يفسخ كأحد الشريكين إذا باع حصته من بيت معين من دار مشترك بينهما، كان لشريكه نقض بيعه، وإن باع ملك نفسه؛ لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع، فإنه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج إلى قسمين: قسمة البيت مع المشتري، وقسمة بقية الدار مع الشريك الأول ويتضرر، فكان له نقض البيع؛ دفعاً للضرر عنه، فكذا

(١) في أ: الوكيل.

هذا؛ بخلاف ما إذا دبر المضارب نصيبه أو أعتق ـ أنه ينفذ، وإن كان يتضرر به رب المال؛ لأن الضرر إنما يدفع إذا أمكن، وهناك لا يمكن؛ لأن التدبير والإعتاق تصرفان لا يحتملان الفسخ؛ بخلاف الكتابة، فإن أدى الكتابة قبل الفسخ عتق؛ لوجود شرط العتق وهو الأداء، إلا أنَّ لرب المال أنْ يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدي؛ لأنه كسب عبد مشترك بينهما.

وكذلك إذا كان رأس المال ألف درهم، فاشترى بها المضارب عبدين، قيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ـ أنه لا يجوز إعتاقه عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: يجوزُ إعتاقه في نصيبه منهما؛ لأن رأس المال ليس إلا الألف، فما زاد على ذلك يكون ربحاً، ويكون للمضارب فيه نصيب، فينفذ إعتاقه في نصيبه.

ولنا أنه لم يتعين للمضارب ملك في أحد العبدين؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والآخر ربحاً، فليس أحدهما بأن يجعل رأس المال والآخر ربحاً أولى من القلب، فيجعل كل واحد منهما كأن ليس معه غيره؛ ولأن حق المضارب لا يتعين في الربح قبل تعين رأس المال، ورأس المال لم يتعين إلا بتعيين ملك المضارب في الربح.

وكذلك لو كان في يد المضارب عشرون عبداً، قيمةُ كلِّ واحد منهم ألف درهم، ورأس المال ألف درهم ـ أنه لا يجوز عتقُه في واحد منهم؛ لأنه لا يتعين للمضارب في واحد منهم ملك؛ لأن كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال، فإذا لم يملك شيئاً منهم لا ينفذ إعتاقه.

من مشايخنا من قال: هذا على أصل أبي حنيفة أن العبيد والجواري لا يقسمون قسمة واحدة، بل كلُّ شخص يقسم على حدة، لأن العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الأموال، ولا يتعين للمضارب ملك في الأجناس المختلفة من العروض ونحوها.

فَأَمَّا على أصل أبي يوسف ومحمد أنهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب، فظهر الربح، فينفذ إعتاقه في قدر نصيبه من الربح.

وقال بعضُ مشايخنا: إن هذا بالاتفاق؛ لأن عندهما إنما يقسم القاضي قسمة واحدة إذا رأى القاضي ذلك، فأما قبل ذلك فلا، بل العبيد بمنزلة الأجناس المختلفة؛ لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بدون بيان الثمن بالاتفاق؛ كالتوكيل بشراء ثوب؛ لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدِهما صدقة الفطر بسببهم في عامّة الروايات.

والأصل أن مالَ المضاربةِ إذا كان من جنس واحد وفيه فضلٌ عن رأس المال ـ أنه يضم بعضه إلى بعض، ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال، وإذا كان من جنسين

مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال، لا يضم أحدهما إلى الآخر، فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك؛ لاشتغال كلِّ واحد منهما برأس المال.

وقد قالوا في هذه المسألة: إن رب المال لو أعتق العبيد نفذ إعتاقه في جميعهم؛ لأنه إذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملكٌ، نفذ على رب المال، فإذا أعتقهم بلفظة واحدةٍ، عُتقوا، ويضمن حصة المضارب فيهم، سواء كان موسراً أو معسراً.

أما الضمان فلأن المضارب وإن لم يملك شيئاً من العبيد، فقد كان له حق أن يتملك، وقد أفسده عليه رب المال، فيضمن، وإنما استوى فيه اليسار والإعسار، لأنه أعتق الكل مباشرة، ونفذ إعتاقه في الكل، فصار متلفاً المال عليه، بخلاف ضمان العتق؛ لأنه يعتق نصيب المعتق ابتداء، ثم يسري إلى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد؛ لذلك اختلف فيه اليسار والإعسار.

وكذلك لو اشترى المضارب عبداً من مال المضاربة، فادّعى أنه ابنه ـ أنه إن لم يكن فيه فضل، لم تجز دعوته، وإن كان فيه فضلٌ، جازت دعوتُه وعُتق؛ لأن هذه دعوة تحرير، وأنها مبنية على الملك، فإذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك، فظهر فيه فضل، جازت دعوته، وعتق عليه، وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله؛ بأن ورث نصيبه؛ وإنما كان كذلك لأنه لما ادعى النسب، ولا ملك له في الحال، كانت دعوته موقوفة على الملك، فإذا ازدادت قيمته فقد ملك جزءاً منه، فنفذت دعوته فيه، كمن ادعىٰ النسب في ملك غيره، ثم ملك ـ أنه تنفذ دعوته؛ بخلاف ما إذا أعتقه ثم ازدادت قيمته؛ أنه لا ينفذ إعتاقه؛ لأن إنشاء الإعتاق في ملك الغير لا يتوقف؛ كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه، ولا ضمان على المضارب في ذلك؛ لأن العبد عتق في غير صنعه؛ لأنه عتق بزيادة القيمة، والعبد المشترك إذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً.

ولو اشترى أمةً قيمتُها ألف، ورأسُ المال ألف، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فادعى الولد ـ لا يكون ولده، ولا تكون الأم أم ولدٍ له؛ لأنه ليس لأحدهما فضل على رأس المال؛ هكذا ذكر الكرخي.

وذكر القدوري ـ رحمه الله ـ: أن هذا محمولٌ على أنها علقت قبل أن يشتريها، فأما إذا كان العلوق بعد الشراء، فحكم المسألة يتغير؛ لأن المضارب يغرم العقر مائة، فإذا استوفاها رب المال منه جعل المستوفي من رأس المال، فينتقص رأس المال، وصار تسعمائة، فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعاً، فنفذت دعوته، ويثبت النسب، وإذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الأم سبعمائة؛ حتى يستوفي رب المال تمام رأس ماله، ثم يغرم خمسين درهماً؛ وهو تمام ما بقي من الأم، فظهر أن الولد ربح بينهما، فيعتق نصف الولد من المضاربة، ويسعى في النصف لرب المال.

قال عيسى بن أبان إن هذا الجواب هو الصحيح.

وذكر محمد في الأصل مسألة أخرى طعن فيها عيسى، وهو ما إذا اشترى جارية بألف درهم تساوي ألفاً، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فادعاه المضارب؛ لم يثبت نسبه ويغرم العقر، فإن زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين، يثبت النسب من المضارب؛ لأنه ملك بعضه لظهور الربح في الولد بزيادة قيمته، فيعتق ربعه عليه، ولا ضمان عليه؛ لأنه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها، ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال، والجارية على حالها لم تصرْ أمَّ ولد للمضارب، ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية؛ لأن المضارب لا يظهر له الربح في الجارية حتى يصل إلى رب المال شيء من المال، فلا يملك شيئاً منها، ولا صحة للاستيلاد بدون الملك.

ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الأم فصارت ألفين؛ فإن الجارية أم ولد له؛ لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها، وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال، وإن لم يكن له صنع فيها؛ لأن ضمانها ضمان تملك؛ لهذا استوى فيه اليسار والإعسار، فيستوي أن يكون بفعله أو من طريق الحكم، ولا يثبت نسب الولد من المضارب؛ لأنه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله.

ولو زادت قيمتهما جميعاً، فصارت قيمةُ كل واحد منهما ألف درهم؛ يثبت نسب الولد، وتصير الجاريةُ أم ولد له؛ لأنه ملك بعض كل واحد منهما؛ لأنه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته، ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفي درهم وعقر مائة درهم، فظهر أن ربَّ المال استوفى رأس ماله، واستوفى من الربح ألفاً ومائة، وللمضارب أن يستوفي من ربح الولد مقدار ألف ومائة، فعتق الولد منه بذلك المقدار، وبقي من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما؛ لأن لكلٍّ واحد منهما أربعمائة وخمسون، فما أصاب المضارب عتق، وما أصاب رب المال سعى فيه الولد.

قال عيسى: هذا الجواب خطأ، والصحيحُ أن يقال يضمن المضارب من الأم ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر، وبقي الولد ربحاً بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال، ويسقط عنه النصف بحصة المضارب.

قال القدوري ـ رحمه الله ـ: هذا الذي ذكره عيسى هو جوابُ محمد في المسألة التي قدَّمناها إذا لم تزد قيمة كلٍّ واحد منهما.

وعلى قياس ما قال محمد في المسألة الزيادة تجب أن يقول إذا لم تزد قيمتها ينبغي أن يغرم المضارب ألفاً ومائة، ثم يستوفي المضارب من الولد مائة، وبقي تسعمائة بينهما، فمن أصحابنا من قال: القياس ما أجاب به في المسألة التي لم تزد القيمة فيها.

ووجهه أن المضارب لا يغرم بعدما غرم تمام رأس ماله، إلا نصف ما بقي من الأم؛ لأن نصف ما بقي من الأم ربح بينهما، فلا يجوز أن يغرم الكل، والذي أجاب به في المسألة الزيادة هو الاستحسان؛ لأنَّ في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق، والعتق والرق إذا اجتمعا غلبت الحرية الرقَّ.

ومن أصحابنا من قال: إنما افترقت المسألتان لوصفهما؛ لأن سبب العتق في مسألة الزيادة زيادةُ قيمة الولد، وفي المسألة الأخرى سبب العتق قبض رب المال العقر، فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه أن يجتمع ربحه في الجارية.

وأما في المسألة الأخرىٰ لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال إلى الجارية؛ لأن المضارب قد ملكها، وقد قيل أيضاً أن في تلك المسألة إنما قصد تكثير العتق، وفي المسألة الأخرى إذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق؛ لأن الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر، فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق.

وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارِيةً بألفٍ، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فادعاه رب المال، ثبت النسب، وعُتق الولد، وصارت الجارية أم ولد له، وانتقضت المضاربة، ولا ضمان عليه؛ لأن دعوته صادفت ملكه فثبت النسب، واستندت الدعوة إلى وقت العلوق، ولا قيمة للولد في ذلك الوقت، ولا فضل في المال، فلا تجب عليه القيمة ولا العقر؛ لأنه وطىء ملك نفسه، وليس له أن يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد - عليهما الرحمة -، وعند أبي يوسف - رحمه الله - يزوج الأمة ولا يزوج العبد، وقد ذكرنا المسألة في موضع آخر.

وروى ابن رستم عن محمد أنه ليس له أن يزوج أمة من [مال][1] المضاربة؛ لأنه لا يملك أن يشتري شيئاً من مال المُضَاربة لنفسه، فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه، فإن تزوج بإذن رب المال، فهو جائز إذ لم يكن في المال ربح، وقد خرجت من المضاربة، أما الجواز فلأنه إذا لم يكن في المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك، وإنما له حق التصرف، وأنه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون.

وَأَمَّا خروج الأمة عن المضاربة؛ فلأن العادةَ أنَّ من تزوج أمةً حصنها ومنعها من الخروج والبروز، والمضاربةِ تقتضي العرض على البيع وإبرازها للمشتري، وكان اتفاقهما على التزويج إخراجاً إياها عن المضاربة، ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال؛ لأنه لما أخرجها من

---

(١) سقط في ط.

المضاربة، صار كأنه استرد ذلك القدر من رأس المال، وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة؛ لأن تصرف المضارب يختص بالتجارة، والتزويج ليس مِنَ التجارة.

وذكر القدوري ـ رحمه الله ـ وقال: ينبغي أن يكون هذا قولهم؛ لأن عند أبي يوسف إن كان يملك تزويج الأمة لا يملك تزويج العبد.

ولو أخذ المضارب نخلاً أو شجراً أو رطبةً، معاملةً؛ على أن ينفق من المال ـ لم يجز على رب المال، وإن كان قال له ربُّ المال حين دفع إليه: اعمل فيه برأيك؛ لأن الأخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه، ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة، فصار كما لو آجر نفسه للخدمة، ولا يعتبر ما شرط من الإنفاق؛ لأن ذلك ليس بمعقود عليه، بل هو تابعٌ للعمل كالخيط في إجارة الخياط، والصبغ في الصباغة.

وكذا لا يعتبر قوله: «اعمل برأيك» لما ذكرنا أن ذلك يفيد تفويض الرأي إليه في المضاربة، والمضاربة تصرف في المال، وهذا عقد على منافع نفسه، ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلها رب المال.

ولو أخذ أرضاً مزارعةً؛ على أن يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين، فاشترى طعاماً ببعض المزارعة فزرعه، قال محمد: هذا يجوز إن قال له: اعمل برأيك، وإن لم يكن قال له: اعمل برأيك لم يجز، لأنه يوجب حقًّا لرب الأرض في مال رب المال، فيصير كأنه شاركه بمال المضاربة، وأنه لا يملك الإشراك بإطلاق العقد ما لم يقل: اعمل برأيك، فإذا قال مَلَكَ؛ كذا هذا.

وقال الحسن بن زياد: إن الأرض والبذرَ والبقر إذا كان من قبل رب الأرض، والعمل على المضارب، لم يكن ذلك على المضاربة، بل يكون للمضارب خاصة؛ لما ذكرنا أنه عقد على منافع نفسه، فكان له بدل منافع نفسه، فلا يستحقه رب المال، وكذلك إذا شرط البقر على المضارب؛ لأن العقد وقع على منفعته، وإنما البقر آلةُ العمل، والآلة تبعٌ ما لم يقع عليها العقد، ولو دفع المضارب أيضاً بغير بذر مزارعة، جازت، سواء قال: اعمل برأيك، أو لم يقل؛ لأنه لم يوجب شركة في مال رب المال، إنما آجر أرضه، والإجارة داخلة تحت عقد المضاربة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما القسم الذي للمضارب أن يعمله إذا قيل له: اعمل برأيك، وإن لم ينص عليه، فالمضاربة والشركة والخلط، فله أن يدفع مال المضاربة: مضاربة إلى غيره، وأن يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان، وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه إذا قال له رب المال: اعمل برأيك، وليس له أن يعمل شيئاً من ذلك إذا لم يقل له ذلك.

أما المضاربة: فلأن المضاربة مثل المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله، فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله، ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد؛ كذا هذا.

وأما الشركة: فهي أَوْلَىٰ أن لا يملكها بمطلق العقد؛ لأنها أعم من المضاربة، والشيءُ لا يستتبع مثله، فما فوقه أولى.

وأما الخلط؛ فلأنه يوجب في مال رب المال حقًّا لغيره، فلا يجوز إلا بإذنه، وَإن لم يقل له ذلك، فدفع المضاربُ مال المضاربة مضاربة إلى غيره، فنقول لا يخلو من وجوه، إما إن كانت المضاربتان صحيحتين، وإما إن كانتا فاسدتين، وإما إن كانت إحداهما صحيحة والأخرى فاسدة، فإن كانتا صحيحتين فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى/ الثاني، حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك أمانة، وهذا قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: يصير مضموناً بنفس الدفع، عمل الثاني أو لم يعمل، وإذا هلك قبل العمل يضمن، وهو روايةٌ عن أبي يوسف أيضاً.

٢/٢٦٥ب

وجه قول زفر أنَّ رب المال إذا لم يقل للمضارب «اعمل برأيك»، لم يملك دفع المال مضاربة إلى غيره، فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً، فصار ضامناً[1] كالمودع إذا أودع، ولنا أن مجرد الدفع إيداع منه، وهو يملك إيداع مال المضاربة، فلا يضمن بالدفع.

وروى الحسن عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويربح، فإذا عمل به وربح كان ضامناً حين ربح، وإن عمل في المال فلم يربح حتى ضاع من يده، فلا ضمان عليه.

وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني، فإذا عمل ضمن، ربح الثاني أو لم يربح؛ وهكذا روى ابن سماعه والفضل بن غانم عن أبي يوسف، وهو قولُ محمد ـ رحمه الله ـ، وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أن هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة.

وجه قولهما إنه لما عمل فقد تصرف في المال بغير إذن المالك فيتعلّق[2] به الضمان، سواء ربح أو لم يربح، ولأبي حنيفة [أنه][3] لا سبيل إلى التضمين بالدفع؛ لأنه إيداع وإبضاع، ولا بالعمل؛ لأنه ما لم يربح فهو في حكم المبضع، والمبضع لا يضمن بالعمل، ولا يجوز أن

(١) في أ: مضموناً عليه.
(٢) في ط: فيتعين.
(٣) سقط في ط.

يضمن بالشرط؛ لأنه مجرد قول، ومجردُ القولِ في ملك الغير لا يتعلق به ضمان، لكنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال بإثبات المضارب الأول، فصار الأول مخالفاً، فيضمن؛ كما لو خلط مال المضاربة بغيره أو شارك به، وإذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس العمل على اختلافهم في ذلك ـ فربُّ المال بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني.

أما على أصل أبي يوسف ومحمد في المودع إذا أَوْدَعَ، فظاهرٌ لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحدٍ منهما؛ لأن الأول تعدى بالدفع، والثاني تعدى بالقبض، فصار عندهما كالمودع إذا أودع.

وأما على أصل أبي حنيفة في مسألة الوديعة، فيحتاج إلى الفرق؛ لأن الضمان عنده على المودع الأول لا على الثاني، وفي مسألة المضاربة أثبت له خيار تضمين الثاني؛ لأن المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح، فكان عاملاً لنفسه، فجاز أن يضمن، والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الأول لحفظ الوديعة، فلم يضمن، فإن ضمن المضارب الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني، وصحت المضاربة بين الأول والثاني، والربح على ما شرطا؛ لأنه لما تقرر الضمان على الأول، فقد ملك المضمون، وصار كأنه دفع مال نفسه مضاربة إلى الثاني، فكان الربح على ما شرطا؛ لأن الشرط قد صَحَّ، وإن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول، وصار حاصل الضمان على الأول؛ لأن الأول غره بالعقد، فَصَارَ مغروراً من جهته، فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب، وهو ضمان كفالة في الحقيقة؛ لأن الأول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن، وهو ما إذا غصب رجل شيئاً فرهنه، فهلك في يد المرتهن، فاختار المالك تضمين المرتهن، أنه يرْجع على الراهن بما ضمن، ولا يَصحُّ عقد الرهن.

وَوَجْهُ الفرق أن قبض المرهون شرط صحة الرهن، ولما ضمن المرتهن تبين أن قبضه لم يصح، فتبين أن الرهن لم يصح؛ إذْ لا صحة له بدون القبض، فأما في المضاربة فيضمن الثاني إبطال القبض بعد وجوده، لأن المضاربة عقدٌ جائز، فكان لبقائه حكم الابتداء؛ كأنه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان، فكان التضمين إبطال القبض بعد وجوده، وذلك لا يبطل المضاربة.

ألا ترى أن المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة، وإن بطل، قبضه ولو رد المرتهن الرهن على الراهن يبطل الرهن؛ لذلك افترقا.

وذكر ابن سماعة عن محمد أنه يطيب الربح للأسفل، ولا يطيب للأعلى؛ على قياس قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ؛ لأن استحقاق الأسفل بعمله ولا خطر في عمله، فيطيب له الربح.

فأما الأعلى فإنما يستحق الربح برأس المال، والملك في رأس المال إنما حصل له بالضمان، فلا يخلو عن نوع خبث، فلا يطيب له، وإن كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحدٍ منهما، لأن الأول أجير في مال المضاربة، والثاني أجير الأول، فصار كمن استأجر رجلاً يعمل في ماله، فاستأجر الأجير رجلاً.

وإن كانت إحداهما صحيحة والأخرى فاسدة، فإن كانت الأولى صحيحة والأخرى فاسدة؛ فكذلك لا ضمان على واحد منهما، وإن عمل المضارب الثاني في المال؛ لأن المضارب الثاني أجير الأول، والأجير لا يستحق شيئاً من الربح، فلم يثبت له شركة في رأس المال، فلا يجب/ الضمان على الأول ولا على الثاني؛ لأنه لا ضمان على الأجير، وله أجر مثل عمله على المضارب الأول، وللمضارب الأول ما شرط له من الربح؛ لوقوع المضاربة صحيحة، وإن كانتِ الأولى فاسدة، والثاني صحيحة فكذلك؛ لأن الأول أجير في مال المضاربة فلا حق له في الربح، فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان؛ إذ الضمان إنما يجب بإثبات الشركة، ويكون الربح كله لرب المال؛ لأنه ربح حصل في مضاربة فاسدة، وللمضارب الأول أجل مثله؛ لأن عمل الثاني وقع له، فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الأول مثل ما شرط له من الربح؛ لأنه عمل مضاربة صحيحة، وقد سمى له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن، هذا إذا لم يقل له رب المال «اعمل برأيك»، فأما إذا قال له اعمل برأيك[1]، فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره؛ لأنه فوض الرأي إليه، وقد رأى أن يدفعه مضاربة، فكان له ذلك.

٢/٢٦٦أ

ثم إذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح؟ فنقول: جملة الكلام فيه أن رَبَّ المال لا يخلو إما إن كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضفه إلى المضارب؛ بأن قال: على أن ما رزق الله ـ تعالى ـ من الربح فهو بيننا نصفان، أو قال: ما أطعم الله ـ تعالى ـ من ربح فهو بيننا نصفان.

وأما إن أضافه إلى المضارب؛ بأن قال: على أن ما رزقك الله ـ تعالى ـ من الربح أو ما أطعمك الله ـ عزَّ وجلَّ ـ من ربح، أَوْ على أن ما ربحت من شيء أو ما أصبت من ربح، فإنْ أطلق الربح ولم يصنفه إلى المضارب، ثم دفع المضارب الأول المال إلى غيره مضاربة بالثلث، فربح الثاني؛ فثلث جميع الربح للثاني؛ لأن شرط الأول للثاني قد صَحَّ؛ لأنه يملك نصف الربح، فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الأول، فجاز شرطه للثاني، فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال؛ لأن الأول لا يملك من نصيب رب المال شيئاً، فانصرف شرطه إلى نصيبه لا إلى نصيب رب المال، فبقي نصيب رب المال على حاله وهو

(١) في أ: ذلك.

النصف، وسدس الربح للمضارب الأول؛ لأنه لم يجعله للثاني، فبقي له بالعقد الأول، ويطيب له ذلك؛ لأن عمل المضارب الثاني وقع له؛ فكأنه عمل بنفسه؛ كمن استأجر إنساناً على خياطة ثوب بدرهم، فاستأجر الأجير من خاطه بنصف درهم، طاب له الفضل؛ لأن عمل أجيره وقع له؛ فكأنه عمل بنفسه؛ كذا هذا.

ولو دفع إلى الثاني مضاربةً بالنصف، فنصف الربح للثاني، ونصفه لرب المال، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله؛ لأنه مالك للنصف، والنصف لرب المال بالعقد الأول، وصار كمن استأجر رجلاً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من خاطه بدرهم، ولو دفعه إليه مضاربة بالثلثين، فنصف الربح لرب المال، ونصفه للمضارب الثاني، ويرجع الثاني على الأول بمثل سدس الربح الذي شرطه له؛ لأن شرط الزيادة إن لم ينفذ في حق رب المال لما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح، فقد صح فيما بين الأول والثاني؛ لأن الأول غَرَّ الثاني بتسمية الزيادة، والغرورُ في العقود من أسباب وجوب الضمان، وهو في الحقيقة ضمان الكفالة، وهو أن الأول صار ملتزماً سلامة هذا القدر للثاني، ولم يسلم له، فيغرم للثاني مثل سدس الربح، ولا يصير بذلك مخالفاً: لأن شرطه لم ينفذ في حق رب المال، فالتحق بالعدم في حقه، فلا يضمن، وصار كمن استأجر رجلاً لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير مَنْ يخيطه بدرهم ونصف ـ أنه يضمن زيادة الأجرة؛ كذا هذا.

ولو أضافه إلى المضارب فدفعه الأول مضاربةً إلى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين، فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له، وما شرط للمضارب الأول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين؛ بخلاف الفصل الأول.

ووجْهُ الفرق: أن هاهنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله ـ تعالى ـ للمضارب أو نصف ما ربح المضارب، فإذا دفع إلى الثاني مضاربة بالثلث، كان الذي رزق الله ـ عَزَّ وجلَّ ـ المضارب الأول الثلثين، فكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال وبين المضارب الأول نصفين؛ لكل واحدٍ منهما الثلث، وإذا دفع مضاربة بالنصف كان ما رزقه الله ـ تعالى ـ للمضارب الأول النصف، فكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين، وإذا دفعه مضاربة بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني، والثلث بينهما، لكل واحد منهما السدس، وفي الفصل الأول رب المال إنما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله ـ تعالى ـ ونصف جميع الربح، وذلك ينصرف إلى كلِّ الربح.

وكذا له أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه؛ لأنه فوض الرأي إليه وقد رأى الخلط، وإذا ربح قسم الربح على المالين، فربح ماله، يكون له خاصة، وربح مال/ المضاربة يكون بينهما على الشرط. ٢٦٦/٢ب

وكذا له أن يشارك غيره شركة عنان لما قلنا، ويقسم الربح بينهما على الشرط؛ لأن الشرط قد صح، وإذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح، فيستوفي منها رب المال رأس ماله، وما فضل يكون بينهما على الشرط.

وأما القسمُ الذي ليس للمضارب أن يعمله[١] أصلاً ورأساً - فشراء ما لا يملك بالقبض، وما لا يجوز بيعه فيه إذا قبضه.

أما الأول فنحو شراء الميتة، والدم، والخمر، والخنزير، وأم الولد، والمكاتب، والمدبر؛ لأن المضاربة تتضمن الإذن بالتصرف الذي يحصل به الربح، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع، فما لا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح، وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه؛ لا يحصل فيه الربح أيضاً، فلا يدخل تحت الإذن فإن اشترى شيئاً من ذلك كان مشترياً لنفسه لا للمضاربة، فإن دفع فيه شيئاً من مال المضاربة يضمن، وإن اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشيء مما ذكرنا سوى الميتة والدم، فالشراء على المضاربة؛ لأن المبيع هنا مما يملك بالقبض، ويجوز بيعه، فكان هذا شراءً فاسداً؛ والإذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد.

وأما إذا كان الثمن ميتة أو دماً فما [اشترى به][٢] لا يكون على المضاربة؛ لأن الميتة والدم لا تملك بالقبض أصلاً.

وأما الثاني: فنحو أن يشتري ذا رحم محرم من رب المال، فلا يكون المشتري للمضاربة، بل يكون مشترياً لنفسه؛ لأنه لو وقع شراؤه للمضاربة لعتق على رب المال، فلا يقدر على بيعه بعد ذلك، ولا يحصل المقصود من الإذن، فلا يدخل تحت الإذن.

ولو اشترى ذا رحم محرم من نفسه، فإن لم يكن في المال ربح، فالشراء على المضاربة؛ لأنه لا ملك له فيه، فيقدر على بيعه فيحصل المقصود، وإن كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة؛ لأنه إذا كان في المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح، فيعتق ذلك القدر عليه، فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي؛ لأن مُعْتَقُ البعض، وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة؛ لما قلنا.

وأما المضاربةُ المقيدةُ، فحكمُها حُكْمُ المضاربة - المطلقة - في جميع ما وصفنا لا تفارقها إلاَّ في قدر القيد، والأصل فيه أن القيد إن كان مفيداً يثبت؛ لأن الأصل في الشروط

---

(١) في أ: يفعله.

(٢) في أ: اشتراه.

اعتبارها ما أمكن، وإذا كان القيد مفيداً، كان يمكن الاعتبار فيعتبر؛ لقول النبي - عليه أفضل الصلاة والسلام -: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الأصل المعهود في المطلق إذا قيد ببعض المذكور، أنه يبقى مطلقاً فيما وراءه؛ كالعام إذا خص منه بعضه أنه يبقى عامًا فيما وراءه، وإن لم يكن مفيداً لا يثبت، بل يبقى مطلقاً؛ لأن ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم.

إذا عرفنا هذا فنقول: إذا دفع رجلٌ إلى رجل مالاً مضاربةً على أنه يعمل به في الكوفة، فليس له أن يعمل في غير الكوفة؛ لأن قوله (على أن) من ألفاظ الشرط[1]، وأنه شرط مفيد، لأن الأماكن تختلف بالرخص والغلاء؛ وكذا في السفر خَطَرٌ، فيعتبرُ.

وحقيقةُ الفقه في ذلك أن الإذن كان عدماً، وإنما يحدث بالعقد، فيبقى فيما وراء ما تناوله العقد على أصل العدم، وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة، لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه، فلأن لا يملك الأمر بذلك أوْلى، وإن أخرجها من الكوفة، فإن اشترى بها وباع، ضمن؛ لأنه تصرف لا على الوجه المأذون، فصار فيه مخالفاً فيضمن؛ وكأن المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته، لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمدٍ، وعند أبي يوسف يطيب، وَإن لم يشتر بها شيئاً حتى ردَّها إلى الكوفة بَرِىء من الضمان، ورجع المال مضاربة على حاله؛ لأنه عاد إلى الوفاق قبل تقرر الخلاف، فيبرأ عن الضمان؛ كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق. ولو لم يرده حتى هلك قبل التصرف، لا ضمان عليه؛ لأنه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف، فلا يضمن.

ولو اشترى ببعضه ورَدَّ بعضه، فما اشتراه فهو له، وما رد رجع على المضاربة؛ لأنه تقرر الخلاف في القدر المشتري، وزال عن القدر المردود، ولو دفع إليه على أن يعمل في سوق الكوفة، فعمل في الكوفة في غير سوقها، فهو جائز على المضاربة استحساناً، والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس: أنه شرط عليه العمل في مكان معينٍ، فلا يجوز في غيره، كما لو شرط ذلك في بلد معين.

---

(١) ينظر مصابيح المغاني في حروف المعاني (ص ١٧٥)، رصف المباني في شرح حروف المعاني (ص ١١١)، الجنى الداني من حروف المعاني (ص٢١٥)، مغني اللبيب (١/ ٢٧)، حروف المعاني (ص ٥٨)، سيبويه (٣/ ١٦٥)، المقتضب (٢/ ٣١)، همع الهوامع (١/ ١٤٢)، الإيضاح في شرح المفصل (٢/ ١٨٧)، الأصول في النحو (٢/ ٢٠٧)، ارتشاق الضرب (٢/ ٣٨٩)، شرح السيوطي (١/ ١٨٥)، اللباب في علل البناء والإعراب (١/ ٢٢٠)، شرح اللمع (١/ ٧٠)، الفصول الخمسون (ص ٢٠١)، أسرار العربية (ص ٣٢٨)، شرح ابن عقيل (١/ ٣٨٣)، شرح ألفية ابن مالك لابن الناظم (ص ١٨٠)، شرح المفصل (٦/ ١٥).

وجه الاستحسان أن التقييد[1] بسوق الكوفة غير مفيد، لأن البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة، فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط، فيلغو الشرط.

ولو قال له «اعمل به في سوق الكوفة»، أو «لا تعمل به إلا في سوق الكوفة»، فعمل في غير سوق الكوفة، يضمن؛ لأن قوله لا تعمل إلا في سوق الكوفة حجرٌ عليه[2]، فلا يجوز تصرفه بعد الحجر، وفي الفصل الأول ما حجر عليه، بل شرط عليه أن يكون عمله في السوق، والشرط غير مفيد فَلَغَا.

ولو قال: له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة، لم يجز له العمل في غيرها؛ لأن (في)[3] كلمةُ ظرفٍ، فقد جعل الكوفة ظرفاً للتصرف الذي أذن له فيه، فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفاً لتصرفه؛ وكذلك إذا قال له «فاعمل به في الكوفة»؛ لما قلنا؛ ولأن الفاء من حروف التعليق، فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها، وإنما/ يتعلق إذا لم يجز التصرف في غيرها. ٢/ ٢٦٧أ

وكذلك إذا قال: خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة[4]؛ لأن الباء حرف إلصاق، فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف، وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها.

---

(١) في أ: التعليق. (٢) في ط: له.

(٣) ينظر مصابيح المغاني في حروف المعاني ص ٣١٤، رصف المباني في شرح حروف المعاني ص ٣٨٨، الجنى الداني من حروف المعاني ص ٢٥٠، مغني اللبيب: ١/ ١٦٨، حروف المعاني ص ١٢، سيبويه ٤/ ٢٢٦، المقتضب ١/ ٤٥ همع الهوامع ٢/ ٣٠، الإيضاح في شرح المفصل ٢/ ١٤٦، الأصول في النحو، ارتشاف الضرب ٢/ ٤٤٦، شرح السيوطي ١/ ٣٦٧، اللمع في العربية ص ١٢٨، شرح التحفة العربية ص ١٥٥، اللباب في علل البناء والإعراب ١/ ٣٥٨، شرح التصريح على التوضيح ٢/ ٣، لباب الإعراب ص ٤٣٦، شرح اللمع ١/ ١٦٥، الإفادة ص ٢٥٦، الفصول الخمسين ص ٢١٣، أسرار العربية ص ٢٥٤، شرح ابن عقيل ٢/ ٢١، شرح ألفية ابن مالك لابن الناظم ص ٣٦٧، شرح التسهيل ٣/ ١٥٥، الواضح ص ٤٨ كتاب الكافية في النحو ٢/ ٣٢٧، شر المفصل ٨/ ٢٠، البسيط في شرح جمل الزجاجي ٢/ ٨٣٧.

(٤) ينظر مصابيح المغاني في حروف المعاني ص ١٩٤، رصف المباني في شرح حروف المعاني ص ١٤٢، الجنى الداني من حروف المعاني ص ٣٦. مغني اللبيب ١/ ١٠١، حروف المعاني ص ٤٧ سيبويه ٤/ ٤٣٣، المقتضب ١/ ٣٩، همع الهوامع ٢/ ٢٠، الإيضاح في شرح المفصل ٢/ ١٤٧، الأصول في النحو ٢/ ٢١٩، ارتشاف الضرب ٢/ ٤٢٦، شرح السيوطي ١/ ٣٦٩، الشرح في العربية ص ١٢٩، شرح التحفة الوردية ص ١٥٦، اللباب في علل البناء والإعراب ١/ ٣٦١، الجمل في النحو ص ٣١٥، لباب الإعراب ص ٤٣٢، شرح اللمع ١/ ١٧٣، الإفادة ص ٢٥٥ الفصول الخمسون ص ٢١٣، أسرار العربية ص ٢٥٤، شرح ابن عقيل ٢/ ٢١، شرح ألفية ابن مالك لابن الناظم ص ٣٦٤، شرح التسهيل ٣/ ١٤٩، الواضح ص ٤٨ كتاب الكافية في النحو ٢/ ٣٢٤، شرح المفصل ٨/ ٢٢، البسيط في شرح جمل الزجاجي ٢/ ٨٣٨.

ولو قال: خذ هذا المال مضاربة، واعمل به في الكوفة، فله أن يعمله بالكوفة، وحيث ما بدا له؛ لأن قوله: خذ هذا المال مضاربة: ـ إذنٌ له في التصرف[1] مطلقاً، وقوله: واعمل به في الكوفة ـ إذنٌ له بالعمل في الكوفة، فكان له أن يعمل في أي موضع شاء، كمن قال لغيره أعتق عبداً من عبيدي، ثم قال له: اعتق عبدي سالماً، أن له أن يعتق أيَّ عبدٍ شاء، ولا يتقيد التوكيل بإعتاق سالم؛ كذا هذا، إذ المضاربة توكيلٌ بالشراء والبيع، ولو قال: خذ هذا المال مضاربة إلى سنة، جازت المضاربة عندنا، وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ المضاربةُ فاسدةٌ.

وجه قوله إنه إذا وقَّت للمضاربة وقتاً فيحتمل أنه لا يجوز كونها في الوقت، فلا يفيد العقد فائدة.

ولنا أن المضاربةَ توكيلٌ، والتوكيلُ يحتمل التخصيص بوقت دون وقت، وذكر الطحاوي، وقال: لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربة، وقياس قولهم في الوكالة أنها لا تختص بالوقت؛ لأنهم قالوا لو وكل رجُلاً ببيع عبده اليوم، فباعه غداً، جاز كالوكالة المطلقة، وما قاله ليس بسديدٍ؛ لأنهم قالوا في الوكيل إذا قيل له بعهُ اليوم ولا تبعه غداً، جاز ذلك، ولم يكن له أن يبيعه غداً، وكذا إذا قيل له: «على أن تبيعه اليوم دون غدٍ».

ولو قال: خذ هذا المال مضاربةً بالنصف على أن تشتري به الطعام، أو قال: فاشتري به الطعام، أو قال: تشتري به الطعام، أو قال: خذ هذا المال مضاربةً بالنصف في الطعام ـ فذلك كله سواءٌ، وليس له أن يشتري سوى الطعام[2] بالإجماع؛ لما ذكرنا؛ على أن (أن) للشرط، والأصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره، والفاء لتعليق ما قبلها بما بعدها.

وقوله: يشتري به الطعام تفسيرُ التصرف المأذون به[3]، وقوله في الطعام فـ «في» كلمة ظرف، فإذا دخلت على ما لا يصلح ظرفاً تصير بمعنى الشرط، وكل ذلك يقتضي التقييد بالشرط المذكور، وأنه شرط مفيد، لأن بعض أنواع التجارة يكون أقرب إلى المقصود من بعضٍ، وكذا الناس مختلفون في ذلك، فقد يهدي الإنسان إلى بعض التجارة دون بعضٍ، فكان الشرط مفيداً، فيتقيد به ولا يملك أن يشتري غير الطعام، والطعامُ هو الحنطةُ ودقيقُها، إذ لا يراد به كل ما يتطعم، بل البعض دون البعض، والأمر يختلف باختلاف عادة البلدان، فاسم الطعام في عرفهم لا يطلق[4] إلاَّ على الحنطة ودقيقها، وكذلك لو ذكر جنساً آخر بأن قال له: خذ هذا المال مضاربةً بالنصف على أن تشتري به الدقيق، أو الخبز، أو البرَّ؛ أو غير ذلك؛ ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلافٍ، لكن له أن يشتريَ ذلك الجنس في المصر

(١) في أ: إقرار بالتصرف.
(٢) في أ: ذلك.
(٣) في أ: فيه.
(٤) في أ: ينطلق.

وغيره، وأن يبضع فيه، وأن يعمل فيه جميع ما يعلمه المضارب في المضاربة المطلقة؛ لما ذكرنا أن اللفظ المطلق إذا قيد ببعض الأشياء يبقى على إطلاقه فيما وراءه.

وقال ابنُ سماعة: سمعت محمداً قال في رجلٍ دفع إلى رجل مالاً مضاربة، فقال له: إن اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولي النصف، وإن اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولي الثلثان، فقال: هذا جائز، وله أن يشتري أيَّ ذلك شاء، على ما سمَّى له ربُّ المال، لأنه خيره بين عملين مختلفين، فيجوز، كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية.

ولو دفع إليه على أنه إن عمل في المصر فله ثلث الربح، وإن سافر فله النصف ـ جاز، والربحُ بينهما على ما شرطا، إن عمل في المصر فله الثلث وإن سافر فله النصف، ولو اشترى في المصر وباع في السفر، أو اشترى في السفر وباع في المصر، فقد روي عن محمدٍ أنه قال: المضاربةُ في هذا على الشراء، فإن اشترى في المصر فما ربح في ذلك المتاع، فهو على ما شرط في المصر، سواءٌ باعه في المصر أو في غيره؛ لأن المضاربَ إنما يستحق الربح بالعمل، والعمل/ يحصل بالشراء، فإذا اشترى في المصر تَعَيَّنَ أحد العملين، فلا يتغير بالسفر، وإن عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر، فربح كل واحد من المالين، على ما شرط [لا محالة][1] ولو قال: له على أن تشتري من فلان وتبيع منه، جاز عندنا، وهو على فلان خاصَّة، ليس له أن يشتري ويبيع من غيره.

٢/ ٢٦٧ب

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: المضاربةُ فاسدة؛ لأن في تعيين الشخص تضييق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف؛ وهو الربح، وتعيير مقتضى العقد؛ لأن مقتضى العقد التصرف مع من شاء.

ولنا أن هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة والأمانة؛ لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح؛ لكونه أسهل في البيع، وقد يكون أوثق على المال، فكان التقييد مفيداً كالتقييد بنوع دون نوع، وقوله التعيين بغير مقتضى العقد، قلنا: ليس كذلك، بل هو مباشرة العقد مفيداً من الابتداء، وأنه قيدٌ مفيدٌ، فوجب اعتباره.

ولو قال: على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع، فاشترى وباع من رجال بالكوفة من غير أهلها، فهو جائز؛ لأن هذا الشرط لا يفيد إلاَّ ترك السفر، كأنه قال: على أن تشتري ممن بالكوفة، وكذلك إذا دفع إليه مالاً مضاربةً في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيع، كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف؛ لأن التقييد بالصيارفة لا يفيد إلاَّ تخصيص البلد أو النوع، فإذا حصل ذلك من صيرفيٍّ أو غيره، فهو سواءٌ.

(١) سقط في ط.

ولو دفع إليه مالاً مضاربة، ثم قال له بعد ذلك: اشتر به البز وبع، فله أن يشتري البز وغيره؛ لأنه أذن بالشراء مطلقاً، ثم أمره بشراء البز، فكان له أن يشتري ما شاء؛ وهذا كقوله: خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة، إلا أن هناك القيد مقارن، وهٰهنا متراخي، وقد ذكرناه.

وذكر القدوري ـ رحمه الله ـ أن هذا محمولٌ على أنه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد الطارىء على مطلق العقد أنه إن كان ذلك قبل الشراء يعمل، وإن كان بعد ما اشترى به لا يعمل، إلى أن يبيعه بمال عين، فيعمل التقييد عند ذلك، حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال.

ولو دفع إليه مالاً مضاربةً على أن يبيع ويشتري بالنقد، فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد؛ لأن هذا التقييد مفيدٌ، فيتقيد بالمذكور.

ولو قال له: بِعْ بنسيئةٍ ولا تبع بالنقد، فباع بالنقد، جاز؛ لأن النقد أنفع من النسيئة، فلم يكن التقييد بها مفيداً، فلا يثبت القيد، وصار كما لو قال للوكيل: بِعْ بعشرة، فباع بأكثر منها، جاز؛ كذا هذا.

وأما الذي يرجع إلى عمل رب المال مما له أن يعمله وما ليس له أن يعمله، فقد قال أصحابنا: إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر، جاز بيعه، وإذا باع بأقلَّ من قيمته، لم يجز إلا أن يجيزه المضارب، سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه؛ لأن جواز بيع رب المال من طريق الإعانة للمضارب، وليس من الإعانة إدخالُ النقص[1] عليه، بل هو استهلاك، فلا يتحمل قَلَّ أو كَثُر، وعلى هذا لو كان المضارب اثنين، فباع أحدهما بإذن رب المال، لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر، إلا أن يجيزه المضارب الآخر، لأن أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد، بل بإذن رب المال، وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غبن، فلا يملك الأمر به، وإذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعاً وفيه فضلٌ أو لا فَضْلَ فيه، فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب وأراد إمساكه حتى يجد ربحاً، فإن المضارب يجبر على بيعه إلاَّ أن يشاء أنْ يدفعه إلى رَبِّ المال؛ لأن منع المالك عن تنفيذ إرادته في ملكه لحق، يحتمل الثبوت والعدم، وهو الربح لا سبيل إليه، ولكن يقال له: إن أردت الإمساك فردَّ عليه ماله، وإن كان فيه ربح يُقال له: ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح، ويسلم المتاع إليك.

ولو أخذ رجلٌ مالاً ليعمل لأجل ابنه مضاربة، فإن كان الابن صغيراً لا يعقل البيع،

---

(١) في أ: القبض.

فالمضاربة للأب، ولا شيء للابن من الربح، لأن الربح في باب المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل، وليس للابن واحد منهما، فإن كان الابنُ يَقْدِرُ على العمل، فالمضاربة للابن والربح له إن عمل، فإن عمل الأب بأمر الابن، فهو متطوع، وإن عمل بغير أمره، صار بمنزلة الغاصب؛ لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير إذنه، فصار كالأجنبي.

وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية، فليس لرب المال أن يطأها، سواء كان فيه ربح أو لم يكن، أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه؛ لأن للمضارب فيه ملكاً، ولا يجوز وطء الجارية المشتركة، وإن لم يكن فيها ربح؛ فللمضارب فيها حق يشبه الملك؛ بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف، ولو مات كان للمضارب أن يبيعها، فصارت كالجارية المشتركة.

ويجوز شراء رب المال من المضارب، وشراء المضارب من رب المال، وإن لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر ـ رحمه الله ـ: لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة.

وجه قول زفر إن هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله؛ إذ المالان جميعاً لرب المال، وهذا لا يجوز، كالوكيل مع الموكل.

ولنا أن لربِّ المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف، [والتحق][1] ملكه في حق التصرف كملك الأجنبي، وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة، فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي؛ حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف، فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي، لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفيعها بدار أخرى بجنبها، فله أن يأخذ بالشفعة؛ لأن المشتري وإن كان له في الحقيقة، لكنه في الحكم كأنه ليس له، بدليل أنه لا يملك انتزاعه من يد المضارب، ولهذا/ جاز شراؤه من المضارب، ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها، فلا شفعة له، سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن، أما إذا لم يكن فيها ربح، فلأن المضارب وكيله بالبيع، والوكيل ببيع الدار إذا باع لا يكون للموكل الأخذ بالشفعة، وإن كان فيها ربح.

٢/٢٦٨أ

فأما حصة رب المال، فكذلك هو وكيل بيعها، وأما حصة المضارب؛ فلأنَّا لو أوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري؛ ولأن الربح تابعٌ لرأس المال، فإذا لم تجب الشفعة في المتبوع، لا تجب في التابع.

---

(١) سقط في ط.

وَلَوْ بَاعَ رب المال داراً لنفسه، والمضارب شفيعها، بدار أخرى من المضاربة، فإن كان في يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار، لم تجب الشفعة؛ لأنه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال، والشفعة لا تجب لبائع الدار، وإن لم يكن في يده وفاء، فإن لم يكن في الدار ربح فلا شفعة، لأنه أخذها لرب المال، وإن كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة؛ لأن له نصيباً في ذلك، فجاز أن يأخذها لنفسه.

وَلَوْ أن أجنبيًا اشترى داراً إلى جانب دار المضاربة، فإن كان في يد المضارب وفاء بالثمن، فله أن يأخذها بالشفعة للمشاركة، وإن سلم الشفعة بطلت، وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه؛ لأن الشفعة وجبت للمضاربة، وملك التصرف في المضاربة للمضارب، فإذا سلم جاز بتسليمه على نفسه وعلى رب المال، وإن لم يكن في يده وفاء، فإن كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعاً، فإن سلم أحدهما فللآخر أن يأخذها جميعاً لنفسه بالشفعة؛ كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما، وإن لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة؛ لأنه لا نصيب للمضارب فيه.

قال أبو يوسف: إذا استأجر الرجلُ أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع، ثم دَفَعَ المستأجر إلى الأجير دراهم مضاربة، فالمضاربة فاسدة، والربح كله للدافع، ولا شيء للأجير سوى الأجرة، وقال محمد: المضاربة جائزة، ولا شيء للأجير في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة.

وجه قول محمد: إنه لما دفع إليه المضاربة، فقد اتفقا على ترك الإجارة ونقضها، فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجر له؛ ولأن الإجارة شركة ولهذا لا تقبل التوقيب، ولو شاركه بعد ما استأجره جازت الشركة؛ فكذا المضاربة، ولأبي يوسف أنه لما استأجره فقد ملك عمله، فإذا دفع إليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمل قد ملكه رب المال، وهذا لا يجوز؛ ولأن المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والأجر، ولا يجوز أن ينقض الإجارة بالمضاربة؛ لأن الإجارة أقوى من المضاربة؛ لأنها لازمة والمضاربة ليست بلازمة، والشيء لا ينتقض بما هو أضعف منه.

وما ذكر محمد أن المضاربة شركة، فالجواب أن الشريك يستحق الربح بالمال، والمضارب بالعمل، ورب المال قد ملك العمل، فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح؛ ولأن الشريك يعمل لنفسه فكأنه امتنع من عمل الإجارة، فيسقط عنه الأجرة بحصته، والمضارب يعمل لرب المال فبقي عمله على الإجارة.

ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمتة ألف، فقتل عمداً، فلرب المال القصاص؛ لأن العبد ملكه على الخصوص لا حق للمضارب فيه، وإن كانت قيمته ألفين

لم يكن فيه قصاص، وإن اجتمعا؛ لأن ملك كل واحد منهما لم يتعين، أما رب المال فلأن رأس المال ليس هو العبد، وإنما هو الدراهم، ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد، كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع إليه من الثمن، وإذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال، وإذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لواحدٍ منهما، وإن اجتمعا، وتؤخذ قيمة العبد من القاتل في ماله في ثلاث سنين؛ لأن القصاص سقط في القتل العمد لمانع مع وجود السبب، فتجب الدية في ماله ويكون المأخوذ على المضاربة يشتري به المضارب ويبيع؛ لأنه بدل مال المضاربة، فيكون على المضاربة كالثمن.

وذكر محمد في النوادر: إذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف، فقتل رجل أحد العبدين عمداً، لم يكن لرب المال عليه قصاص؛ لأن ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا، وعلى القاتل قيمته في ماله، ويكون في المضاربة لما قلنا.

[والأصل أن][1] في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة، وفي كل موضع وجب بالقتل مال، فالمال على المضاربة؛ لأن القصاص إذا استوفى فقد هلك مال المضاربة، وهلاك مال المضاربة يوجب بطلان المضاربة، والقيمة/ بدل مال المضاربة، فكانت على المضاربة كالثمن.

٢/٢٦٨ب

وقال محمد: وإذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبداً يساوي ألفاً فقتله رجل عمداً، فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما إذا اجتمعا؛ أما رب المال؛ فلأنه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفياً لرأس المال بالقصاص؛ لأن القصاص ليس بمالٍ، ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال، وإذا لم يصر به مستوفياً رأس ماله يستوفي رأس المال من بقية المال، وإذا استوفى تبين أن العبد كان ربحاً، فتبين أنه انفرد باستيفاء القصاص عن عبد مشترك.

وأما المضارب؛ فلأنه لم يتعين له فيه ملك، ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى، وهو أن حق كلّ واحدٍ منهما غير متعينٍ.

واختلف أصحابنا في القتل العمد إذا ادعي على عبد المضاربة أنه هل يشترط حضور الولي لسماع البينة.

قال أبو حنيفة ومحمد ـ عليهما الرحمة ـ: يشترط.

---

(١) في أ: ثم.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: لا يشترط.

وجه قوله إن العبد في باب القصاص مبقي على أصل الحرية؛ بدليل أنه لو أقر به يجوز إقراره، وإن كذبه الولي فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر.

ولهما إن هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد، فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك، والبينة القائمة على جناية الخطأ، وقد قالوا جميعاً لو أقر العبد بقتل عمداً فكذبه المولى والمضارب، لزمه القصاص؛ لأن الإقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده، وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق، فإن كان الدم بين شريكين وقد أقر به العبد، فعفا أحدهما، فلا شيء للآخر، لأن موجب الجناية انقلب مالاً، وإقرار العبد غير مقبول في حق المال، فصار كأنه أقر بجناية الخطأ، فإن كان رب المال صدقه في إقراره وكذبه المضارب، قيل لرب المال: ادفع نصف نصيبك أو افده، وإن كان المضارب صدقه وكذبه رب المال، قيل للمضارب: ادفع نصيبك أو افده، وصار كأحد الشريكين إذا أقر في العبد بجناية وكذبه الآخر.

وأما وجوب القصاص على عبد المضاربة وإن لم يجب بقتله القصاص؛ لأن عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين، فإذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولي القتيل، وأنه متعين، وتجوز المرابحة بين رب المال والمضارب؛ وهو أن يشتري رب المال من مضاربة فيبيعه مرابحة، أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مرابحة، لكن يبيعه على أقل الثمنين إلاً إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء، وإنما كان كذلك لأن جواز شراء رب المال من المضارب، والمضاربُ من رب المال ثبت معدولاً به عن القياس؛ لما ذكرنا أن رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه، والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال؛ إذ المالان ماله، والقياس يأبى ذلك إلاً أنا استحسنا الجواز؛ لتعلق حق المضارب بالمال، وهو ملك التصرف، فجعل ذلك بيعاً في حقهما لا في حق غيرهما، بل جعل في حق غيرهما ملحقاً بالعدم؛ ولأن المرابحة بيع يجريه: البائع من غير بينة واستخلاف، فتجب صيانته عن الخيانة وعن تهمة الخيانة[1] ما أمكن، وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما، لجواز أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضي به المضارب؛ لأن الجود بمال الغير أمر سهل، فكأن تهمة الجناية ثابتة، والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة، فلا يبيع مرابحة إلاً على أقل الثمنين، وبيان ذلك في مسائل:

إذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة، فباعه من

---

(١) في ط: الجناية وعن شبة الجناية.

المضارب بألف، فإن المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة، لأنها أقل الثمنين، إلاَّ إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء؛ لأن المانع هو التهمة، وقد زالت. ولو اشترى المضارب عبداً بألف من المضاربة، فباعه من رب المال بألف ومائتين، باعه رب المال مرابحة بألف ومائة إن كانت المضاربة بالنصف؛ لأن الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب؛ لأنه لا حق فيه لرب المال، فصار كأن رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال؛ لأنه ماله بعينه؛ فكأنه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح؛ إلا إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء.

ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوي ألفاً وخمسمائة، فباعها من المضارب بألف وخمسمائة، فإن المضارب يبيعها مرابحة بألف ومائتين وخمسين، إلاَّ إذا بين الأمر على وجهه؛ لما ذكرنا.

٢/ ٢٦٩أ قال ابن سماعة في نوادره عن محمد: سمعتُ أبا يوسف يقول في مسألة المضاربة/ وهو آخر ما قال: إذا اشترىٰ رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بمائة، ورأس المال ألف في يد المضارب، فإن المضارب يبيعه على مائة؛ وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة، باعه رب المال بمائة يبيعه أبداً على أقل الثمنين؛ لأنه لا تهمة في الأقل، وإنما التهمة في الزيادة، فيثبت ما لا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة، ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة، فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين؛ لأن المائة الزائدة الزيادة على الألف ربح فنصفها للمضارب، وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه، فيضم حصته من الربح إلى القدر الذي اشترى رب المال به، ويسقط خمسمائة؛ لأنها نصيب رب المال، ويسقط خمسون؛ لأنها حق رب المال من الربح، فيبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين.

ولو اشتراه المضارب بستمائة باعه مرابحة بخمسمائة؛ لأن لا فضل في ثمنه عن رأس المال، فيسقط كل الربح، ويباع على أقل الثمنين، والأصل أن المضارب لا يحتسب شيئاً من حصة نفسه حتى يكون ما نقد أكثر من ألف، فيحتسب[1] من حصته نصف ما زاد على الألف، لأنه إذا لم يزد على ألف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه، وله في المال ربح، لم يتعين له في المشتري حق؛ لكونه مشغولاً برأس المال، فلا يظهر له الربح؛ كأنه اشترى ولا ربح في يده.

وعلى هذا القياس تجري المسائل، فمتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين، فإن كان

(١) في ط: فيجب.

للمضارب حصة ضمها إلى أقل الثمنين، وإذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين، ويضم إليه حصة المضارب.

ولو كان [رب المال](١) اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين، فإن المضارب يبيعه بألف، خمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الألفين؛ لأن نصيب رب المال من الثمن ألف وخمسمائة، فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو ألف، ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة، ورب المال فيها كالأجنبي فيبيعه مرابحة على ألف.

ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين، باعه رب المال بألف وخمسمائه؛ لأن الألف رأس مال رب المال، وخمسمائة نصيب المضارب، ورب المال فيها كالأجنبيِّ، وخمسمائة نصيب رب المال، فيجب إسقاطها.

قال ابن سماعة: وروي عن أبي يوسف أنه قال ـ وهو قوله الآخر ـ إن رب المال إذا اشترى عبداً بعشرة آلاف، ثم باعه من المضارب بمائة، باعه المضارب مرابحة على مائة، وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة، باعه رب المال مرابحة على مائة، لأن البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه؛ ولأنه اشتراه بأقل الثمنين، فلا يجوز أن يزيد على الثمن الذي اشتراه.

فإن قيل: كيف يجوز للمضارب الحط على قول أبي يوسف؟ فالجوابُ: أنه إنما لا يجوز له حطه عند أبي يوسف ومحمد لحقِّ رب المال، فإذا باعه من رب المال وحط، فقد رضي رب المال بذلك، فجاز.

وأما على قول أبي يوسف الأول الذي أشار إليه ابنُ سماعة فهو أن الحط لا يجوز؛ لأنه قال إذا كان رأس المال ألفاً فربح فيه ألفاً ثم اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسماية؛ فإنَّ رَبَّ المال يبيعها مرابحة على ألف وسبعماية وخمسين، لأن المضارب حط من الثمن خمسماية، نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة، وهو يملك الحط في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد، فلم يصح حط نصيب رب المال؛ فلذلك باع مرابحة على ألف وسبعماية وخمسين، فينبغي على هذا القول إذا باع مرابحة أن يقول قامت(٢) علي بكذا، ولا يقول اشتريتها(٣) بكذا؛ لأن الزيادة لحقت بالثمن حكماً، والشراء ينصرف إلى ما وقع العقد به، والصحيحُ قوله الأخير، لما ذكرنا أنَّ عدم جواز

(١) في أ: المضارب.
(٢) في ط: قام.
(٣) في ط: اشتريته.

الحط في مال المضاربة لحق رب المال، فإذا اشترى هو فقد رضي بذلك، فكأنه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لأجنبي.

وذكر محمد في «كتاب المضاربة»: لو اشترى ربُّ المال عبداً بألف، فباعه من المضارب بألفين، ألف رأس المال وألف ربح، فإن المضارب يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة، يسقط من ذلك ربح رب المال، ويبيع على رأس المال وربح المضارب، لما بيّنا.

ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة، والعبد يساوي ألفين، فباعه من المضارب بألفين، فإن المضارب يبيعه مرابحة على ألف، لأن رأس المال خمسمائة، ونصيب المضارب من المال خمسمائة، وما سوى ذلك ربح رب المال، فلا يثبت حكمه؛ على ما بينا فيما تقدم، إلاّ أن يبين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء؛ لأن المانع من البيع بجميع/ الثمن التهمة، فإذا بين فقد زالت التهمة، فيجوز البيع. ٢/ ٢٦٩ب

ولو اشتراه رب المال بألف، وقيمتُه ألف، فباعه من المضارب بألفين، ألف مضاربة وألف ربح؛ فإن المضارب يبيعه مرابحة على الألف؛ لأنه لما اشترى ما قيمته ألف، ذهب ربحه، فلم يبق له في المال حصة، وصار كأنه[1] مال رب المال فباعه على رأس ماله.

وَلَوْ كان رب المال اشتراه بخمسمائة، والمسألة بحالها[2]؛ فإن المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة؛ لأنه لم يبق للمضارب حصة، فصارا شراء مال رب المال بعضه ببعض، فيبيعه على رأس المال الأول، ولو كان رب المال اشتراه بألفين، وقيمتُه ألف، فباعه من المضارب بألفين؛ فإن المضارب يبيعه بألف ولا يبيعه على أكثر من ذلك؛ لأن قيمته ألف، فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه؛ ولأنَّ رب المال لما باعه بألفين ما يساوي ألفاً وهما متهمان في حق ألف[3] في العقد، فصار كأنه أخذ ألفاً لا على طريق البيع، وباعه العبد بألف فلا يبيعه بأكثر من ذلك، ولو كان العبد يساوي ألفاً وخمسمائة، والمسألة بحالها، وقد اشتراه بألف وأراد المضارب أن يبيعه مرابحة، باعه مرابحة على ألف و، اثنين وخمسين، لأن في العبد ربحاً للمضارب، ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبيِّ، فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة المضارب من الربح.

وذكر محمد في الأصل: إذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم مضاربةً، فباعه من رب المال بألفين، ثم إن رَبَّ المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم، ثم اشتراه المضارب من الأجنبيِّ بألفي درهم، فأراد أن يبيعه مرابحة، لم يجز له ذلك في قول أبي حنيفة

---

(١) في أ: كله.

(٢) في أ: على.

(٣) في ط: الغير.

ـ رحمه الله ـ إلاَّ أن يبين الأمر على وجهه، وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على ألفين.

وهذه فريعة مسألة أخرى مذكورة في البيوع، وهي ما إذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء آخر، فأراد أن يبيعه مرابحة؛ فإن عند أبي حنيفة يسقطُ الربح، ويعتبر ما مضى من العقود، وفي مسألتنا قد ربح فيه ربُّ المال ألفي درهم؛ لأن المضارب لمَّا اشتراه بألف وباعه من رب المال بألفين، فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسماية، فلما باعه رب المال بثلاثة آلاف، فقد ربح فيه ألفاً وخمسماية؛ لأنه قام عليه بألف وخمسماية مقدار رأس المال، ونصيب المضارب من الربح إذا ضم إلى ذلك فقد ربح ألفين، فإذا اشتراه المضارب بألفين وجب أن يطرح الألفين من رأس المال، فلا يبقى شيء، ولهذا لم يجز البيع مرابحة إلاَّ بعد أن يبين.

وأما على قولهما فإنَّما يعتبر العقد الأخير خاصة، فالربح في العقد الأول لا يحط من[1] الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الألفين.

ولو اشترى المضارب عبداً بألف، فباعه من رب المال بألف وخمسماية، ثم باعه رب المال من أجنبيٍّ بألف وستماية، ثم إن المضارب اشتراه من الأجنبي بألفي درهم، فأراد أن يبيعه مرابحة، باعه على ألف وأربعماية، على قول أبي حنيفة، لأن ربَّ المال قد ربح فيه ستماية.

ألا ترى أن المضارب لما اشتراه بألف باعه من رب المال بألف وخمسماية، فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون، وكان رب المال اشترى بألف ومايتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب، فَلَمَّا باعه بألف وستماية، فقد ربح ثلثماية وخمسين، وقد كان ربح مايتين وخمسين بربح المضارب، فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن، فيبقى ألف وأربعماية، ولو اشترى المضارب عبداً بألف فولاه رب المال، ثم إن رب المال باعه من أجنبيٍّ بألف وخمسماية، ثم إن المضارب اشتراه من الأجنبي مرابحة بألفين.

ثم إن رب المال لما حط من الأجنبي ثلثماية، فإن الأجنبي يحط من المضارب أربعماية؛ لأن رَبَّ المال لما حط من الأجنبي ثلثماية استند ذلك الحط إلى العقد، فكأن ذلك المقدار لم يكن، فيطرح من رأس المال وتطرح حصته من الربح، وقد كان الأجنبي ربح مثل ثلث الثمن، فيطرح مع الثلثماية ثلثها، فيصير الحط عن المضارب أربعماية، فإن أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة، باعه على ألف ومايتين؛ لأن رب المال ربح أربعماية.

---

(١) في ط: عن.

ألا ترى أنه لو باعه من الأجنبي فربح خمسماية، ثم حط عنه ثلثماية، وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً؛ مايتين من رأس المال وماية من الربح، فلما سقط من الربح ماية يبقى الربح أربعماية، فلما اشتراه المضارب بألفين ثم حط عنه أربعماية، صار شراؤه بألف وستماية، فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال؛ وهو أربعماية، فيبيعه على ما بقي، وتجوز المرابحةُ بين المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال.

قال محمدٌ في الأصل: إذا دفع الرجل إلى رجل ألفَ درهم مضاربةً بالنصف، ودفع إلى رجل آخر ألف درهم مضاربة بالنصف/ فاشترى أحد المضاربين عَبداً بخمسماية من المضاربة، فباعه من المضارب الآخر بألف، فأراد الثاني أن يبيعه مرابحة، باعه على خمسماية، وهو أقل الثمنين؛ لأن مال المضاربين لرجل واحد، فصار بيع أحدهما من الآخر في حق الأجانب كبيع الإنسان ملكه[1] بماله، فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين.

٢/ ٢٧٠أ

ولو باعه الأول من الثاني بألفين، ألف من المضاربة وألف من مال نفسه، فإن الثاني يبيعه مرابحة على ألف ومايتين وخمسين؛ لأن الثاني اشترى نصفه لنفسه [بألف][2] وقد كان الأول اشترى ذلك النصف بمايتين وخمسين، فيبيعه الثاني مرابحة على ألف؛ لأنه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه، فصارا كالأجنبيين، فأما النصف الذي اشترى الثاني بألف المضاربة، فقد كان الأول اشتراه بمايتين وخمسين؛ وهو مال واحد، فيبيعه على أقل الثمنين.

ولو كان الأول اشتراه بألف المضاربة، فباعه من الثاني بألفين للمضاربة؛ ألف رأس المال وألف ربح، فإن الثاني يبيعه مرابحة بألف وخمسماية، لأنه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح، وأقل الثمنين ألف، وحصة المضارب [من الربح][3] خمسماية، ولو كان الأول اشتراه بخمسماية والمسألة بحالها، باعه الثاني على ألف؛ لأن أقل الثمنين خمسماية، وحصة المضارب خمسماية، فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين، وحصة من الربح، والربح في المضاربة بينهما على الشرط، والوضيعة على رب المال، والقول قولُ المضارب في دعوى الهلاك؛ لأن المال أمانة في يده.

وأمَّا الذي يستحقه المضارب بالعمل، فالذي يستحقه بعمله في مال المضاربة شيئان: أحدُهما النفقة، والكلام في النفقة في مواضع: في [بيان][4] وجوبها، وفي شرط الوجوب، وفيما فيه النفقة، وفي تفسير النفقة، وفي قدرها، وفيما تحتسب النفقة منه.

أما الوجوب؛ فلأن الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم، والعاقل لا يسافر

(١) في أ: ماله.
(٢) سقط في ط.
(٣) سقط في ط.
(٤) سقط في ط.

بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم، مع تعجيل النفقة من مال نفسه، فلو لم تجعل نفقته من[1] مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات، مع مساس الحاجة إليها، فكان إقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا ـ إذناً من رب المال للمضارب بالإنفاق من مال المضاربة، فكان مأذوناً في الإنفاق دلالةً، فصار كما لو أذن له به نصًا؛ ولأنه يسافر لأجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة، فتكون نفقته في المال بخلاف المبضع لأنه[2] يسافر بمال الغير على وجه التبرع، وبخلاف الأجير لأنه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة، فلا يستحق النفقة، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في الشريك إذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب.

وَأَمَّا شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضاربة، سواء كان المصر مصره أو لم يكن، فما دام يعمل به في ذلك المصر فإن نفقته في مال نفسه، لا في مال المضاربة، وإن أنفق شيئاً منه ضمن؛ لأن دلالة الإذن لا تثبت في المصر.

وكذا إقامته في الحضر لا تكون لأجل المال؛ لأنه كان مقيماً قبل ذلك، فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر؛ سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك؛ حتى لو خرج من المصر يوماً أو يومين، فله أن ينفق من مال المضاربة.

كذا ذكر محمد عن نفسه، وعن أبي يوسف [من مكان المضاربة لوجود الخروج من المصر][3] لأجل المال، وإذا انتهى إلى المصر الذي قصده، فإن كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهلٌ، سقطت نفقته حين دخل[4]؛ لأنه يصير مقيماً بدخوله فيه، لا لأجل المال وإن لم يكن ذلك مصره، ولا له فيه أهل، لكنه أقام فيه للبيع والشراء، لا تسقط نفقته ما أقام فيه، وإن نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً ما لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار إقامة؛ لأنه إذا لم يتخذه دار إقامة، كانت إقامته فيه لأجل المال، وإن اتخذه وطناً كانت إقامته للوطن لا للمال، فصار كالوطن الأصلي، فنقول الحاصل أنه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال إلا بالإقامة في مصره أو في مصر يتخذه دار إقامة، لما قلنا.

وَلَوْ خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود إلى المصر الذي أخذ المال فيه مضاربة، فإن نفقته من مال المضاربة حتى يدخله، فإذا دخله فإن كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل، سقطت نفقته، وإلاَّ فَلاَ، حتى[5] لو أخذ المضارب مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة،

---

(١) في أ: في.
(٢) في ط: لا.
(٣) بدل ما بين المعكوفين في أ: في كتاب المضاربة لو خرج من المصر.
(٤) في ط: دخل.
(٥) في أ: و.

وكان قد قدم الكوفة مسافراً، فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة؛ لما قلنا، فإذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة؛ لأن/ خروجه لأجل المال، ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة؛ لأن البصرة وطن أصلي له، فكان إقامته فيها لأجل الوطن، لا لأجل المال، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة؛ لأن خروجه من البصرة لأجل المال. ٢/ ٢٧٠ب

وله أن ينفق أيضاً ما أقام[1] بالكوفة حتى يعود إلى البصرة؛ لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة، وأنه يبطل بالسفر، فإذا عاد إليها وليس له وطنٌ، فكان[2] إقامته فيها لأجل المال، فكان نفقته فيه، وكل مَنْ كان مع المضارب ممن يعينه على العمل، فنفقته من مال المضاربة، حُرًّا كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته؛ لأن نفقتهم كنفقة نفسه؛ لأن لا يتهيأ له السفر إلا بهم، إلا أن يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه، فلا نفقة لهم في مال المضاربة، ونفقتهم على رب المال خاصة، لأن إعانة عبد رب المال كإعانة رب المال بنفسه، ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة؛ كذا عبيده.

فأما عبد المضارب فهو كالمضارب، والمضارب إذا عمل بنفسه في المال أنفق عليه منه؛ كذا عبده.

وأما [بيان][3] ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة، وله أن ينفق من مال نفسه ما له أن ينفق من مال المضاربة على نفسه، ويكون ديناً في المضاربة، حتى كان له أن يرجع فيها؛ لأن الإنفاق من المال وتدبيره إليه، فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة، كالوصيّ إذا أنفق على الصغير من مال نفسه؛ أن[4] له أن يرجع بما أنفق على مال الصغير لما قلنا؛ كذا هذا له أن يرجع بما أنفق في[5] مال المضاربة، لكن بشرط بقاء المال، حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيءٍ؛ كذا ذكر محمد في المضاربة؛ لأن نفقة المضاربة من مال المضاربة، فإذا هلك هلك بما فيه؛ كالدين يسقط بهلاك الرهن، والزكاة تسقط بهلاك النصاب، وحكم الجناية يسقط بهلاك[6] العبد الجاني.

وأما تفسير النفقة التي في مال المضاربة؛ فالكسوة، والطعام، والإدام، والشراب، وأجر الأجير، وفراش ينام عليه، وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها حوائجه، وغسل ثيابه، ودهن السراج والحطب؛ ونحو ذلك، ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة؛ لأن المضارب لا بد له منها، فكان الإذن ثابتاً من رب المال دلالةً.

---

(١) في أ: ما دام.
(٢) في أ: كانت.
(٣) سقط في ط.
(٤) في أ: كان.
(٥) في أ: على.
(٦) في أ: يموت.

وأمّا ثَمَنُ الدَّوَاءِ والحجامة والفصد والتنور[١] والأدهان وما يرجع إلى التداوي وصلاح البدن، ففي ماله خاصة لا في مال المضاربة.

وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ في مختصره في الدهن خلاف محمد أنه في مال المضاربة عنده، وذكر في الحجامة والإطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد أنه قال: على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضاربة، والصحيحُ أنه يكون في ماله خاصة؛ لأن وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الإذن الثابت عادة، وهذه الأشياء غر معتادة، هذا إذا قضى القاضي بالنفقة، يقضي بالطعام والكسوة ولا يقضي بهذه الأشياء.

وأما الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والإدام، وقال بشر في نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال: يأكل كما كان يأكل؛ لأنه من المأكول المعتاد، وأما [بيان][٢] قدر النفقة فهو أن يكون بالمعروف عند التجار من غير إسراف، فإن جاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإذن ثابت بالعادة، فيعتبر القدر[٣] المعتاد، وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضاربة؛ لأن سفره في الحالين لأجل المال؛ وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته ما دام مسافراً في مال المضاربة؛ لأن عمل التجارة على هذا، وهو أن يتفق الشراء في وقت دون وقت، ومكان دون مكان، وسواء سافر بمال المضاربة وحده أو بماله ومال المضاربة، ومال المضاربة لرجل أو رجلين، فله النفقة، غير أنه إن سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين[٤] لرجلين، كانت النفقة[٥] من المالين بالحصص؛ لأن السفر لأجل المالين، فتكون النفقة فيهما.

وإن كان أحد[٦] المالين مضاربة لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر، فنفقته في مال المضاربة؛ لأن سفره لأجله لا لأجل البضاعة؛ لأنه متبرعٌ بالعمل بها، إلاّ أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه؛ لأنه بدل العمل في المضاربة، وليس على رب البضاعة شيء، إلاّ أن يكون أذن له في النفقة منها؛ لأنه تبرع بأخذ البضاعة، فلا يستحق النفقة كالمودع.

ولو خَلَطَ مال المضاربة بماله، وقد أذن له في ذلك، فالنفقة بالحصص، لأن سفره لأجل المالين.

وأما ما تحتسب النفقة منه، فالنفقة/ تحتسب من الربح أولاً، إن كان في المال ربح، فإن ٢/ ٢٧١أ

(١) التنور: الفرن يخبز فيه، ومفجر الماء. المعجم الوسيط (تنور).
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: الفعل.
(٤) في أ: بمال.
(٥) في أ: في.
(٦) في ط: أخذ.

لم يكن فهي من رأس المال، لأن النفقة جزء هالك من المال، والأصل أن الهلاك ينصرف إلى الربح؛ ولأنّا لو جعلناها من رأس المال خَاصَّةً أو في نصيب رب المال من الربح، لازداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال، فإذا رجع المضارب إلى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رَدَّه إلى المضاربة؛ لأن الإذن له بالنفقة كان لأجل السفر، فإذا انقطع السفر لم يبق الإذن، فيجب رد ما بقي إلى المضاربة.

وروى المعلى عن أبي يوسف: إذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبداً بألفين، فأنفق عليه، فهو متطوعٌ في النفقة؛ لأنه لم يبق في يده شيء من رأس المال، فالنفقة تكون استدانة على المال، وهو لا يملك ذلك، فصار كالأجنبيِّ إذا أنفق على عبد غيره، إلاَّ أن يكون القاضي أمره بذلك، فإن رفعه إلى القاضي فأمره القاضي بالنفقة عليه، فما أنفق فهو عليهما على قدر رؤوس أموالهما[1].

قال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال إذا قضى بالنفقة، وإنما صارت النفقة دَيْناً بأمر القاضي؛ لأن له ولاية على الغائب في حفظ ماله، وهذا من باب الحفظ، فيملك الأمر بالاستدانة عليه، وإنما صار قضاء القاضي بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين؛ لأن القاضي لما ألزم المضارب النفقة لأجل نصيبه، فقد عين نصيبه، ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب إلاّ بعد تعيين رأس المال، وهذا معنى القسمة.

ولو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى بها جارية قيمتها ألفان، فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قول[2] محمد: النفقة على رب المال؛ كذا حقق القدوري ـ رحمه الله ـ الاختلاف.

وجه قول محمد إن المضارب لم يتعين له ملك؛ لأن رأس المال غير متعين، فكانت الجارية على حكم رب المال، فكانت نفقتها عليه، ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه.

وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال أنفق إن شئت.

ولهما أن نصيب المضارب من العبد على ملكه، بدليل أن إعتاقه ينفذ فيه[3]، فلا يجوز إلزام رب المال الإنفاق على ملك غيره، فإذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه، فقد تعين الربح ورأس المال، فيكون قسمة لوجود معنى القسمة، وعلى هذا الخلاف العبد الآبق من المضاربة إذا جاء به رجل وقيمته ألفان، وليس في يده من المضاربة غير العبد؛ أن الجعل

---

(١) في ط: رأس المال.
(٢) في ط: عند.
(٣) في ط: منه.

عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن العبد على ملكهما، وعند محمد الجعل على رب المال يحتسب من[1] رأس ماله، إذ هو زيادة في رأس المال، فإذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما اشترطا من الربح.

قال بشر عن أبي يوسف: إن الجعل لا يحتسب به في مال المرابحة[2]، ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال، فإن كان هناك ربح، فالجعل منه، وإلا فهو وضيعة من رأس المال، وإنما لم يلحق الجعل برأس المال في باب المرابحة؛ لأن الذي يلحق رأس المال في المرابحة ما جرت عادة التجار بإلحاقه به، وما جرت عادتهم بإلحاق الجعل؛ ولأنه نادر غير معتاد، فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد، وإنما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال؛ لأنه غرمٌ لزم لأجل المال، ويجوز أن يحتسب بالشيء فيما بين المضارب ورب المال، ولا يلحق برأس المال في المضاربة، كنفقة المضارب على نفسه، والثاني ما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى إن كان في المضاربة ربح، وإن لم[3] يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال، فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال، حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فربح ألفاً، فاقتسما الربح، ورأسُ المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال، فهلكت الألف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح، فإن القسمة الأولى لم تصح، وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله، وما قبضه المضارب دين عليه يرده إلى رب المال حتى يستوفي رب المال رأس ماله، ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال، والأصل في اعتبار هذا الشرط ما رُوي عن رسول الله ﷺ أنه قال **«مَثَلُ الْمُؤْمِنِ مَثَلُ التَّاجِرِ لاَ يَسْلَمُ لَهُ رِبْحُهُ حَتَّىٰ يسْلَمَ لَهُ رأسُ مَالِهِ»** كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه؛ فدل الحديث على أن قسمة الربح قبل[4] قبض رأس المال لا تصح؛ ولأن الربح زيادة، والزيادةُ على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة/ الأصل، ولأن المال إذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها، فلو صححنا ٢/١ قسمة الربح لثبت قسمة الفرع قبل الأصل. فهذا لا يجوز.

وإذا لم تصح القسمة، فإذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو رأس المال، فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال، فإن قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً، ثم اقتسما الربح، ثم رد الألف التي قبضها بعينها إلى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف، فهذه مضاربة مستقبلة، فإن هلكت في يده لم تنتقض القسمة الأولى؛ لأن رب المال

(١) في ط: يحسب في.
(٢) في ط: المضاربة.
(٣) في ط: وإنما.
(٤) في أ: على.

لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة، فإذا رد المال [إليه][١] فهذا عقد آخر، فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره.

وَلَوْ كَانَ الربح في المضاربة الأولى ألفين، واقتسما الربح، فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً، ثم هلك ما في يد المضارب، فإن القسمة باطلة، وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال، ورد المضارب نصف الألف الذي قبض؛ لأنه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة، صار ما قبضه رب المال رأس ماله، وإذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة، فيكون بينهما على الشرط، فيجب عليه أن يرد نصفه، وكذلك إن كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح، يجب عليه أن يرد نصفه؛ لأنه تبين أنه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه، فصار ذلك مضموناً عليه.

ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء؛ لأن ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض، فبقاؤه وهلاكه سواءٌ.

قالوا: ولو اقتسما الربح ثم اختلفا، فقال المضارب: قد كنت دفعت إليك رأس المال قبل القسمة، وقال ربُّ المال: لم أقبض رأس المال قبل ذلك، فالقولُ قولُ رب المال، ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله، ويتم له رأس المال بما يرده المضارب، فإن بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب، كان بينهما نصفين، وإنما كان كذلك لأن المضارب يدعي أنها رأس المال، ورب المال ينكر ذلك، والمضارب وإن كان أميناً لكن القول قول الأمين في إسقاط الضمان عن نفسه، لا في التسليم إلى غيره، ولأن المضارب يدعي خلوص ما بقي من المال والربح، ورب المال يجحد ذلك، فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق.

فإن أقاما البينة، فالبينةُ بينة المضارب، لأنها تثبت إبقاء[٢] رأس المال، ولا يقال [إن][٣] الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من إيفاء رأس المال؛ إذ الربح لا يكون إلا بعد الإيفاء، إذ هو شرط صحة قسمة الربح؛ لأنا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب، فلم يكن الظاهر شاهد للمضارب، وذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف في رجلٍ دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة صحيحة، ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته، والمضارب يعمل [ببقية المال][٤] ويتربح فيما يشتري ويبيع، ثم احتسبا؛ فإنهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان، ولا يكون ما أخذ

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: إيفاء.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: بالنفقة.

رب المال من النفقة نقصاناً من رأس المال، ولكنهما يحتسبا رأس المال ألفاً من جميع المال، وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان؛ لأنا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة؛ لأن استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة، وهما لم يقصدا إبطالها، فيجعل رأس المال فيما بقي؛ لئلا يبطل، هذا [كله][1] إذا كان في المضاربة ربح، فإن لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب؛ لأن الشرط قد صح، فلا يستحق إلاَّ ما شرط [له][2] وهو الربح، ولم يوجد.

وأما الذي يستحقه رب المال، فالربح المسمى إذا كان في المال ربح، وإن لم يكن فلا شيء له على المضارب، هذا كله حكم المضاربة الصحيحة.

وأما حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا أن له أن يعمل في المضاربة الصحيحة، ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة، ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى، وإنما له أجر مثل عمله، سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن، لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة، والأجير لا يستحق النفقة، ولا المسمى في الإجارة الفاسدة، وإنما يستحق أجر المثل، والربح كله يكون لرب المال؛ لأن الربح نماء ملكه، وَإنما يستحق المضارب شطراً منه بالشرط، ولم يصح الشرط، فكان كله لرب المال، والخسران عليه، والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع يمينه، هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وجعل المال في يده أمانةً؛ كما في/ المضاربة ٢/ ٢٧٢أ الصحيحة.

وذكر الطحاوي فيه اختلافاً، وقال: لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمنْ كما في الأجير المشترك إذا هلك المال في يده.

ـ فصل في صفة عقد المضاربة

(فَصْلٌ) وأما صفة هذا العقد فهو أنه عقد غير لازم، ولكل واحد منهما، أعني: رب المال والمضارب ـ الفسخ، لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه [به][3] لما ذكرنا في «كتاب الشركة».

ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ، دراهم أو دنانير، حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف، ورأس المال عروض وقت النهي، لم يصح نهيه، وله أن

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.
(٣) سقط في ط.

يبيعها؛ لأنه يحتاج إلى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر [له][(١)] الربح، فكان النهي والفسخ إبطالاً لحقه في التصرف، فلا يملك ذلك، وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي، صح الفسخ والنهي، لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم؛ لأن ذلك لا يعد بيعاً لاتحادهما في الثمنية.

فصل في حكم اختلاف المضارب

وأما حُكْمُ اختلافِ المضارب ورب المال، فإن اختلفا في العموم والخصوص فالقولُ قولُ من يدعي العموم؛ بأن ادعى أحدهما المضاربة في عموم [جميع][(٢)] التجارات أو في عموم الأمكنة، أو مع عموم الأشخاص[(٣)]، وادعى الآخر نوعاً دون نوع، ومكاناً دون مكان، وشخصاً دون شخص، لأن قول من يدعي العموم موافق للمقصود بالعقد؛ إذ المقصود من العقد هو الربح، وهذا المقصود في العموم أوفر، وكذلك لو اختلفا في الإطلاق والتقييد، فالقولُ قولُ من يدعي الإطلاق؛ حتى لو قال رب المال: أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها، وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها، فالقولُ قول المضارب مع يمينه؛ لأن الإطلاق أقرب إلى المقصود بالعقد؛ على ما بينا.

وقال الحسن بن زياد: إن القولَ قولُ رب المال في الفصلين جميعاً، وقيل: إنه قول زفر.

ووجهه أن الإذن يستفاد من [جهة][(٤)] رب المال، فكان القول في ذلك قوله، فإن قامت لهما بينة، فالبينة بينة مدعي العموم في دعوى العموم والخصوص؛ لأنها تثبت زيادة، وفي دعوى التقييد والإطلاق البينةُ بينةُ مدعي التقييد؛ لأنها تثبت زيادة فيه، وبينة الإطلاق ساكتة.

ولو اتَّفَقَا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص، فقال رب المال: دفعت المال إليك مضاربة في البز، وقال المضارب: في الطعام، فالقولُ قولُ رب المال في قولهم جميعاً؛ لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد؛ لاستوائهما في ذلك، فترجح بالإذن وأنه يستفاد من رب المال، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأن بينته مثبتة، وبينةَ رب المال نافيةٌ؛ لأنه لا يحتاج إلى الإثبات، والمضارب يحتاج إلى الإثبات لدفع الضمان عن نفسه، فالبينةُ المثبتة للزيادة أولى، وقد قالوا في البينتين إذا تعَارَضَتَا في صفة الإذن[(٥)] وقد وقتتا إنَّ

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ط: من الأشخاص.
(٤) سقط في ط.
(٥) في أ: الأمر.

الوقت الأخير أولى؛ لأن الشرط الثاني ينقض الأول، فكان الرجوع إليه أَوْلَىٰ.

وإن اختلفا في قدر رأس المال والربح، فقال رب المال كان رأس مالي ألفاً[1] وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح، فإن كان في يد المضارب ألف درهم يقر أنها مال المضاربة، فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف، والقول قولُ رب المال أنه شرط ثلث الربح، وهذا قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وكان قوله الأول أن القولَ قولُ رب المال في الأمرين جميعاً، وهو قول زفر.

وجه قوله الأول أن الربح يستفاد من أصل المال، وقد اتفقا على أن جملة المال مضاربة، وادعى المضارب استحقاقاً فيها، ورب المال ينكر ذلك، فكان القول قوله، بخلاف ما إذا قال المضارب: بعض هذه الألفين خلطته بها أو بضاعة في يدي؛ لأنهما ما اتفقا على أن الجميع مال المضاربة، ومن كان في يده شيء، فالقول قوله.

وجه قوله الآخر أن القول في مقدار رأس المال قول المضارب؛ لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض، فكان القول قول القابض؛ ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلاً وقال: لم أقبض منك شيئاً، كان القول قوله؛ فكذا إذا أنكر البعض دون البعض، وإنما كان القول قول رب المال في مقدار الربح؛ لأن شرط الربح يستفاد من قبله، فكان القول في مقدار المشروط قوله.

ألاَ ترىٰ أنه لو أنكر الشرط رأساً فقال: لم أشرط لك ربحاً، وإنما دفعت إليك بضاعة، كان القول قوله، فكذا إذا أقر بالبعض دون البعض، وإذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الأخير، فالقول قول رب المال/ في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس ٢/٢٧٢ب المال ألف درهم، ويجعل للمضارب ثلث الألف الأخرى، فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال، ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح، وعلى قوله الأول يأخذ رب المال الألفين جميعاً.

وإن كان في يده ثلاثة آلاف درهم، والمسألة بحالها، أخذ رب المال ألف درهم على قوله الأخير، واقتسما ما بقي من المال أثلاثاً، وعلى قوله الأول يأخذ رب المال ألفي درهم، ويأخذ ثلثي الألف الأخرى، لما بينا.

وإن كان في يد المضارب قدر ما ذكر أنه قبض من رأس المال أو أقل، ولم يكن في يده أكثر مما أقر، فالقول قول المضارب عندهم جميعاً؛ لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب، فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف، فقال: ألف رأس المال،

---

(١) في ط: ألفين.

وألف ربح، وألف وديعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر، أو على ألف دين، فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قولُ المضارب في الأقاويل كلها؛ لأن من في يده شيء فالظاهر أنه له، إلا أن يعترف به لغيره، ولم يعترف لرب المال بهذه الألف، فكان القول قوله فيها، وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه، ومن أقام منهما بينة على ما يدعي من فضل، فالبينة [بينته لأن][1] بينة كل واحد منهما تثبت زيادة، فبينة رب المال تثبت زيادة في رأس المال، وبينة المضارب تثبت زيادة في الربح.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: إذا قال رب المال: شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم، وقال المضارب: بل شرطت لي الثلث، فالقول قول المضارب؛ لأنهما اتفقا على شرط الثلث، وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها إلا فساد العقد، فلا يقبل قوله، وإن قامت لهما بينة، فالبينة بينة رب المال؛ لأنها تثبت زيادة شرط، ولو قال رَبُّ المال: شرطت لك الثلث إلاَّ عشرة، وقال المضارب: بل شرطت لي الثلث، فالقولُ قولُ رب المال؛ لأنه أقر له ببعض الثلث، والمضارب يدعي تمام الثلث، فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح، وفي هذا انوع إشكال؛ وهو أن المضارب يدعي صحة العقد ورب المال يدعي فساده، فينبغي أن يكون القولُ قولَ المضارب.

والجوابُ: أن دعوى رب المال وإن تعلق به فساد العقد، لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب، فيعتبر إنكاره؛ لأنه مفيد في الجملة.

ولو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح، وقال المضارب: شرطت لي مائة درهم، أو لم تشترط لي شيئاً ولي أجر المثل، فالقول قول رب المال، لأن المضارب يدعي أجراً واجباً في ذمة رب المال، ورب المال ينكر ذلك، فيكون القول قوله، فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف، وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئاً، فالبينة بينة المال؛ لأنها مثبتة للشرط، وبينة المضارب نافية، والمثبتةُ أَوْلَىٰ.

ولو أقام المضارب البينةَ أنه شرط له مائة درهم، فبينته أولى؛ لأن البينتين استويَا في إثبات الشرط، وبينة المضارب أوجبت حكماً زائداً؛ وهو إيجاب الأجر على رب المال، فكانت أَوْلَىٰ.

وَذَكَرَ الكَرْخِيُّ ـ رحمه الله ـ أنهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة إلاَّ في هذا الفصل خاصة، وهو أنه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة على أنه شرط للعامل نصف الخارج، وقال العاملُ: شرطت لي مائة قفيز، فالبينة بينة الدافع، وفي المضاربة البينة بينة

(١) سقط في ط.

المضارب، والفرق بينهما أن المزارعة عقد لازم في جانب العامل، بدليل أن مَنْ لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه، فرجحنا بينة من يدعي الصحة، والمضاربة ليست بلازمه، فإن المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه، فلم يقع الترجيح بالتصحيح، فرجحنا بإيجاب الضمان وهو الأجر.

ولو قال ربُّ المال: دفعتُ إليك بضاعة، وقال المضارب: مضاربة بالنصف أو مائة درهم، فالقول قول ربِّ المال؛ لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه، وهو منكر، فكان القول قوله أنه لم يشترط؛ ولأن المضارب يدعي استحقاقاً في مال الغير، فالقول قول صاحب المال.

ولو قال المضارب: أَقْرَضْتَنِي المال والربحُ لي، وقال ربُّ المال: دفعتُ إليك مضاربةً أو بضاعة، فالقولُ قول رب المال، لأن المضارب يدعي عليه التمليك، وهو منكر، فإن أقامَا البينةَ، فالبينةُ بينةُ المضارب؛ لأنها تثبت التمليك؛ ولأنه لا تنافي بين البينتين؛ لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة، ثم أقرضه. ولو قال المضاربُ: دفعت إلى مضاربة وقال رب المال أقرضتك، فالقولُ قول المضارب/ لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال، ورب المال يدعي على المضارب الضمان، وهو ينكر، فكان القولُ قولَهُ، فإن قامت لهما بينة، فالبينة بينة رب المال؛ لأنها تثبت أصل الضمان. ٢/٢٧٣أ

ولو جَحَدَ المضارب المضاربة أصلاً، ورب المال يدعي دفع المال إليه مضاربة، فالقول قول المضارب؛ لأن رب المال يدعي عليه قبض ماله، وهو ينكر، فكان القول قوله.

ولو جحد ثم أقر [به][(١)] فقد قال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة، ثم طلبه منه، فقال: لم تدفع إلي شيئاً، ثم قال: «بلى، استغفر الله العظيم، قد دفعت إلي ألف درهم مضاربةً»، فهو ضامن للمال؛ لأنه أمين، والأمين إذا جحد الأمانة ضمن كالمودع؛ وهذا لأن عقد المضاربة ليس بعقد لازم، بل هو عقد جائِز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخاً له أو رفعاً له، وإذا ارتفع العقد، صار المال مضموناً عليه كالوديعة، فإن اشترى بها مع الجحود، كان مشترياً لنفسه؛ لأنه ضامنٌ للمال، فلا يبقى حكم المضاربة، لأن من حكم المضاربة[(٢)] أن يكون المال أمانة في يده، فإذا صار ضميناً لم يبق أميناً، فإن أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان؛ لأن العقد قد ارتفع بالجحود، فلا يعود إلا بسبب جديد، فإن اشترى بها بعد الإقرار، فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه؛ لأنه قد ضمن المال بجحوده، فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة، ويبرأ من الضمان؛ لأن الأمر بالشراء لم يرتفع بالجحود، بل هو قائم مع الجحود؛ لأن الضمان لا ينافي

(١) سقط في ط.
(٢) في ط: المضارب.

الأمر بالشراء، بدليل أن من غصب من آخر شيئاً، فأمر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الأمر، وإن كان المغصوب مضموناً على الغاصب، وإذا بقي الأمرُ بعد الجحود، فإذا اشترى بموجب الأمر وقع الشراء للآمر، ولن يقع الشراء له إلاَّ بعد انتفاء الضمان، وصار كالغاصب إذا باع المغصوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان؛ كذا هذا.

وقوله المال صار مضموناً عليه، فلا يبرأ من الضمان بفعله، قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله؛ كالمغصوب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المغصوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان؛ أنه يبرأ بذلك من الضمان، وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم، فأمره أن يشتري بها عبداً، فجحده الألف، ثم أقر بها، ثم اشترى؛ جاز الشراء، ويكون للآمر، ويبرىء الجاحد من الضمان، ولو اشترى بها عبداً، ثم أقر، لم يبرأ عن الضمان، وكان الشراء له؛ لما ذكرنا في المضارب.

ولو دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه، ثم جحد الألف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف، فإن العبد للآمر؛ لأن الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، فتعين أن يكون الشراء للآمر، فصار كأنه أقر ثم اشترى؛ بخلاف المضارب، لأنه يملك أن يشتري لنفسه، فلا يحمل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء.

وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحده إياه فادّعاه لنفسه ثم أقر له به [فباعه][1] أن البيع جائزٌ، وهو بريء من ضمانه، وكذلك لو دفع إليه عبداً فأمره أن يهبه لفلان، فجحده وادعاه لنفسه، ثم أقر له به فباعه - أن البيع جائز، وهو بريء من ضمانه؛ وكذلك إن أمره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه، ثم أقر له به فأعتقه، جاز عتقه؛ لما ذكرنا أن الأمر بعد الجحود قائم، فإذا جحد ثم أقر[فوهبه، فهو جائز؛ وكذلك إن أمن معتقه فجحده وادعاه لنفسهِ، ثم أقر له][2] فقد تصرف بأمر رب المال، فيبرأ من الضمان.

ولو باع العبد أو وهبه أو أعتقه، ثم أقر بذلك بعد البيع، قال ابن سماعة: ينبغي في قياس ما إذا دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه، أنه يجوز، ويلزم الآمر، لأنه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه.

وقال هشام: سمعتُ محمداً قال في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربةً، فجاء بألف وخمسمائة، فقال: هذه الألف رأس المال، وهذه الخمسمائة ربح، وسكت ثم قال: علي دين

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.

فيه لفلان كذا كذا، قال محمد: القولُ قولُ المضارب، وقال الحسن بن زياد: إذا أقر المضارب أنه عمل بالمال وأن في يده عشرة آلاف وعليَّ فيها دين ألف أو ألفان، فقال ذلك في كلام متصل، كان القولُ قولَهُ مع يمينه، يدفع الدين منه، سمي صاحبه أو لم يسمه، وَإن سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه، لم يصدق، قال: وهذا قياس قول أبي حنيفة، وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال[1] محمد.

ووجهه أنه إذا قال في يدي عشرة آلاف، وسكت، فقد أقر بالربح، فإذا قال عَلَيَّ دين ألف، فقد رجع عما أقر به؛ لأن الربح لا يكون/إلا بعد قضاء الدين، والإقرار إذا صح لا ٢/٢٧٣ب يحتمل الرجوع عنه، بخلاف ما إذا قال ذلك متصلاً؛ لأن الإقرار لم يستقر بَعْدُ، وكان بمنزلة الاستثناء.

وجه قول محمد إن أقر بالدين في حال يملك الإقرار به فينفذ إقراره؛ كما إذا قال: هذا ربح وعلي دين.

وقوله: إن قوله «علي دين»، بعد ما سكت، يكون رجوعاً عما أقر به من الربح ـ ممنوعٌ، فإنه يجوز أنه ربح ثم لزمه الدين؛ ألاَ ترى أن الرجل يقول قد ربحت ولزمني دين وهو يملك الإقرار بالدين، فإذا أقر به صَحَّ.

ولو جاء المضارب بألفين فقال: ألف رأس المال وألف ربح، ثم قال لم[2] أربح إلاَّ خمسمائة، ثم هلك المال كله في يد المضارب، فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي جحدها، ولا ضمان عليه في باقي المال؛ لأن الربح أمانة في يده، فإذا جحده فقد صار غاصباً بالجحود، فيضمن إذا هلك.

ولو قال المضارب لرب المال: قد دفعت إليك رأس مالك، والذي بقي في يدي ربح، ثم رجع فقال: لم أدفعه إليك ولكن هلك، فإنه يضمن ما ادعى دَفْعَهُ إلى رب المال؛ لأنه صار جاحداً بدعوى الدفع، فيضمن بالجحود، وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال: لم أدفعه إليك، ولكنه هلك، فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال؛ لما بينا.

ولو اختلفا في الربح، فقال رب المال: شرطت لك الثلث، وقال المضارب شرطت لي النصف، ثم هلك المال في يد المضارب، قال محمدٌ: يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه إلى رب المال من ماله خاصة، ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك؛ لأنا قد بينا أن القول في شرط الربح قول رب المال، وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث، وقد ادعى النصف، وَمَنِ ادعى أمانة في يده ضمنها؛ لذلك يضمن سدس الربح، والله ـ عَزَّ وجلَّ ـ الموفق.

---

(١) في أ: ذكره.

(٢) في ط: ما.

فصل فيما يبطل عقد المضاربة

وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة، فعقد المضاربة يبطل بالفسخ وبالنهي عن التصرف، لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي، وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي، وأن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ والنهي، فإن كان متاعاً لم يصح، وله أن يبيعه بالدراهم والدنانير. حتى ينض؛ كما ذكرنا فيما تقدم، وإن كان عيناً صح، لكن له صرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم بالبيع؛ لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعاً لتجانسهما في معنى الثمنية، وتبطل بموت أحدهما؛ لأن المضاربة تشتمل على الوكالة، والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل، وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي، فلا يقف على العلم كما في [باب][1] الوكالة، إلاَّ أن رأس المال إذا صار متاعاً فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضاً لما بينا.

وتبطل بجنون أحدهما إذا كان مطبقاً؛ لأنه يبطل أهلية الأمر للآمر، وأهلية التصرف للمأمور.

وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة؛ وقد تقدم[2] في «كتاب الوكالة» تفصيلُهُ.

ولو ارتد ربُّ المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة، فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ إن رجع إلى الإسلام بعد ذلك نفذ كله، والتحقت ردتُهُ بالعدم في جميع أحكام المضاربة، وصار كأنه لم يرتد أصلاً؛ وكذلك إن لحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب، على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحقاه للحكم بموته، وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته، فإن مات أو قتل على الردة، أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه ـ بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ أن ملك المرتد موقوفٌ إن مات أو قتل أو لحق فحكم باللحوق، يزول ملكه من وقت الردة إلى ورثته، ويصير كأنه مات في ذلك الوقت، فيبطل تصرف المضارب بأمره لبطلان أهلية الأمر، ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة، فإن كان رأس المال يومئذٍ قائماً في يده لم يتصرف فيه، ثم اشترى بعد ذلك، فالمشتري وربحه يكون له؛ لأنه زَالَ ملك رب المال عن المال، فينعزل المضارب عن المضاربة، فصار متصرفاً في ملك الورثة بغير أمرهِم.

وَإِنْ كَانَ صار رأس المال متاعاً فبيع المضارب فيه وشراؤه جائزٌ، حتى ينض رأس المال لما ذكرنا [أن المضارب][3] في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي، ولا بموت رب المال؛ فكذلك ردته، فإن حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم، أو حصل في يده دراهم

---

(١) سقط في طـ.
(٢) في أ: مر.
(٣) سقط في طـ.

ورأس المال دنانير، فالقياسُ أن لا يجوز له التصرف؛ لأن الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية، فيصير كأن عين المال قائم في يده، إلاّ أنهم استحسنوا فقالوا: إن باعه بجنس رأس المال جاز؛ لأن على المضارب أن يرد/ مثل رأس المال، فكان ٣/ ٢٧٤أ له أن يبيع ما في يده كالعروض.

وأما على أصل أبي يوسف ومحمد؛ فالردة لا تقدح في ملك المرتد، فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال؛ كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما، فإن مات رب المال أو قتل، كان موته كموت المسلم في بطلان عقد المضاربة.

وكذلك إن لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه؛ لأن ذلك بمنزلة الموت؛ بدليل أن ماله يصير ميراثاً لورثته، فبطل أمره في المال، فإن لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد، فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً؛ لأن وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه، ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه، بل الملك لرب المال، ولم توجد منه الردة، فبقيت المضاربة، إلا أنه لا عهدة على المضارب، وإنما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ؛ لأن العهدة تلزم بسبب المال، فتكون على رب المال، وَصَارَ كما لو وكل صبيًّا محجوراً أو عبداً محجوراً، فأما على قولهما فالعهدةُ عليه؛ لأن تصرفه كتصرف المسلم.

وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة؛ لأن موته في الردة كموته قبل الردة؛ وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحوقه؛ لأن ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موتِهِ في بطلان تصرفه.

فَإِنْ لحق المضارب بدار الحرب بعد ردته، فباع واشترى هناك، ثم رجع مسلماً، فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له، ولا ضمان عليه في شيء من ذلك؛ لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحربي إذا استولى على مال إنسان ولحق بدار الحرب؛ أنه يملكه؛ فكذا المرتد.

وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعاً، سواء كان المال لها أو كانت مضاربة؛ لأن ردتها لا تؤثر في ملكها، إلا أن تموت فتبطل المضاربة؛ كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها؛ لما ذكرنا أن ذلك بمنزلة الموت، وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً في قول أصحابنا؛ لأنه تعين لعقد المضاربة بالقبض، فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة.

وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه؛ لما قلنا؛ حتى لا

يملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة، فإن أخذ مثله من الذي استهلكه، كان له أن يشتري به على المضاربة؛ كذا روى الحسن عن أبي حنيفة؛ لأنه أخذ عوض رأس المال، فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه، فيكون على المضاربة.

وروى ابن رستم عن محمد أنه لو أقرضها المضارب رجلاً فإن رجع إليه الدراهم بعينها، رجعت على المضاربة؛ لأنه وإن تعدى يضمن، لكن زال التعدي، فيزول الضمان المتعلق به، وإن أخذ مثلها لم يرجع في المضاربة؛ لأن الضمان قد استقر بهلاك العين، وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان؛ ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك، هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئاً، فإن هلك بعد الشراء؛ بأنْ كان مال المضاربة ألفاً فاشترى بها جاريةً ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف، فقد قال أصحابنا: الجاريةُ على المضاربة، ويرجعُ على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع؛ وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض، يرجع بمثلها على رب المال؛ وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبداً حتى يسلم إلى البائع، ويكون ما دفعه أولاً رب المال وما غرم كله من رأس المال، وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال، فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل.

غَيْرَ أن الفرق بين الوكيل والمضارب أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلى الموكل، ثم هلك الثاني، لم يرجع على الموكل، والمضارب يرجع في كل مرة.

ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل؛ لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح، فإذا اشترى فقد حصل المقصود، فانتهى عقد الوكالة بانتهائه، ووجب على الوكيل الثمن للبائع، فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه، فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه، فلا يجب له عليه شيء آخر.

فأما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء، لأن المقصود منها الربح، ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى، فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانياً وثالثاً، وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال؛ لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة، فيكون كله من مال المضاربة؛ ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح، فلو لم يعتبر[1] ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك/ مجاناً، يتضرر به رب المال؛ لأنه يخسر ويربح المضارب، وهذا لا يجوز. ٢٧٤ب

ولو قبض المضارب الألف الأولى، فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان، فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع؛ فإنه يرجع على رب المال بألف

(١) في ط: يصر.

وخمسمائة، ويغرم المضارب من ماله خمسمائة، وهي حصته من الربح، فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة، وثلاثة أرباعها على المضاربة، ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع ألفان وخمسمائة؛ وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها أرباعاً، ربعها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال؛ لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح، لأنه اشتراها بألفين ورأس المال ألف، فحصةُ رب المال من الربح خمسمائة، وحصة المضارب خمسمائة، فما اشتراه لرب المال رجع [به][1] عليه، وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه، وإنما خرج ربع الجارية من المضاربة؛ لأن القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه، ولا يتعين إلا بالقيمة، فخرج الربح من المضاربة، وبقي الباقي على ما كان عليه، وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة، فصار ذلك زيادة في رأس المال، فصار رأس المال ألفين وخمسمائة.

فإن بيعت هذه الجارية بأربعة آلاف منها للمضارب ألف لأن ذلك حصته من الربح، فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال، منها ألفان وخمسمائة رأس ماله، يبقى ربح خمسمائة فيكون بينهما نصفين على الشرط.

ولو كانت الجارية تساوي ألفين، والشراء بألف، وهي مال المضاربة، فضاعت غرمها رب المال كلها؛ لأن الشراء إذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال، وإنما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب المال؛ بخلاف الفصل الأول، فإن هناك الشراء وقع بألفين فظهر ربح المضارب، وهلك ربع الجارية، فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن.

وروي عن محمد في المضارب إذا اشترى جارية بألفي درهم، ألف ربح وقيمتها ألف، فضاعت الألفان قبل أن ينقدها البائع؛ أنه على أن على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة؛ وهذا على ما بينا.

قال محمد: ولو اشترى جارية تساوي ألفين بأمة تساوي ألفاً، وقبض التي اشتراها، ولم يدفع أمته حتى ماتتا جميعاً في يده؛ فإنه يغرم قيمة التي اشترى وهي ألف، يرجع بذلك على رب المال؛ لأن المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها، ولا فضل في ذلك عن رأس المال، وهذا إنَّما يجوز وهو أن يشتري المضارب جارية قيمتها ألف بألفين، إذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير، وإلا فشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعاً.

وَذَكَرَ ابْنُ سماعةَ عن محمد في موضع آخر في نوادره في رجلٍ دفع إلى رجل ألف درهم مضاربةً بالنصف، فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف، فاشترى بثلاثة آلاف

---

(١) سقط في ط.

ثلاثة أعبد، قيمةُ كلِّ واحدٍ ألفٌ، ولم ينقد المال حتى ضاع، قال يغرم ذلك كله على رب المال، ويكون رأس المال أربعة آلاف؛ لأن المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العبيد؛ لأن كل واحد منهم يجوز أن يكون رأس المال؛ لهذا لا ينفذ عتقه فيهم، فيرجع بجميع ثمنهم.

وقد علل محمدٌ لهذا فقال: من قِبَلِ أن المضارب لم يكن يجوزُ عتقُه في شيء من العبيد، وهذا يخالف ما ذكره الكرخي؛ فإنه قال: إن محمداً يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن.

ومعنى هذا الكلام أن المضارب إذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك، كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه، فإن كان ما يضمنه زائداً على رأس المال، كان على المضارب حصة ذلك، وإلا فلا، وهذا بخلاف الأول؛ لأنا إذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال.

فَأما أن يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب أن يتعين حقه فيه، وهنا وإن ضمن فإنه لم يتعين حقه فيه، وأما تعليله بعدم نفاذ العتق فلا يطرد؛ لأنه لو اشترى بالألفين جارية تساوي ألفاً، يضمن، وإن لم ينفذ عتقه فيه، إلا أن يكون جعل نفوذ العتق في الجارية المشتراة بألفين، وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه؛ فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة، فلا يلزمه طرده في جميع المواضع.

وقال محمد: إذا اشترى المضاربُ عبداً بألف درهم، وهي مال المضاربة، ففقد المال، فقال رب المال: اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال، وقال المضاربُ: اشتريته بعد ما ضاع وأنا أرى[1] أن المال عندي، فإذا [هو][2] قد ضاع قبل ذلك/ ، فالقولُ قول المضارب؛ لأن الأصل في كل من يشتري شيئاً أنه [يعتبر مشترياً][3] لنفسه؛ ولأن الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال، فكان الظاهر شاهداً للمضارب، فكان القول قوله. ٣/ ٢٧٥أ

وذكر محمد في المضاربة الكبيرة إذا اختلفا وقال ربُّ المال: ضاع قبل أن تشتري الجارية، وإنما اشتريتها لنفسك، وقال المضاربُ: ضاع المال بعد ما اشتريتها، وأنا أريد أن آخذك بالثمن، ولا أعلم متى ضاع، فالقول قول رب المال مع يمينه، وعلى المضارب البينة أنه اشترى. والمال عنده، إنما ضاع بعد الشراء؛ لأنَّ رَبَّ المالِ ينفي الضمان عن نفسه، والمضارب يدعي عليه الضمان؛ ليرجع عليه بالثمن؛ لأنه يدعي وقوع العقد له، ورب المال ينكر ذلك، فكان القول قوله؛ ولأن الحالَ وهو الهلاك شَهِدَ لربِّ المال، فإن أقاما البينة، فالبينةُ بينة المضارب؛ لأنها تثبت الضمان، فكانت أولى.

---

(١) في أ: أدرى. (٢) سقط من ط. (٣) في أ: يشتريه.

وَإِذا انفسخت المضاربة، ومال المضاربة ديون على الناس، وامتنع عن التقاضي والقبض، فإن كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض، وإن لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما[(١)]، وقيل له: أحل رب المال بالمال على الغرماء؛ لأنه إذا كان هناك ربح، كان له فيه نصيب، فيكون عمله عمل[(٢)] الأجير، والأجير مجبور على العمل فيما التزم، وإن لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة، فكان عمله عمل الوكلاء، فلا يجبر على إتمام العمل؛ كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن، غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل أن يحيل رب المال على الذي عليه الدين، حتى يمكنه قبضه، لأنَّ حقوقَ العقد راجعة إلى العاقد، فلا تثبت ولاية القبض للآمر، إلا [بالحوالة من العاقد][(٣)]، فيلزمه أن يحيله بالمال حتى لا يتولى حقه.

ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين الذي عليه، لم يجز ضمانه، لأن العاقد قد جعله أميناً، فلا يملك أن يجعل نفسه ضميناً، فيما جعله العاقد أميناً.

ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف، فإنه يعود ديناً فيما خلف المضارب، وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكلُّ مَنْ كان المال في يده أمانة، إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها، فإنه يكون عليه دَيْناً في تركته؛ لأنه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة، ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال.

ولو عين الميت المال في حال حياته، أو علم ذلك، يكون ذلك أمانة في يد وصيه، أو في يد وارثه؛ كما كان في يده، ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه، كما يصدق الميت في حال حياته، والله ـ عزَّ وجَلَّ ـ أعلم.

---

(١) في أ: على التقاضي والقبض.

(٢) في أ: على.

(٣) في أ: بإحالة العاقد.

كِتَابُ الهِبَةِ[1]

الكلامُ في هذا الكتاب في الأصل في ثلاثة مواضع:

في بيان ركن الهبة.

وفي بيان شرائط الركن.

وفي بيان حكم الهبة.

أما ركن الهبة؛ فهو الإيجاب من الواهب، فَأَمَّا القبول من الموهوب له فليس بركن؛ استحساناً، والقياسُ أن يكون ركناً؛ وهو قول زفر، وفي قول قال: القبضُ أيضاً ركنٌ، وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حَلَفَ لا يهب هذا الشيء لفلان، فوهبه منه فلم يقبل؛ أنه يحنث

(1) الهبة لغة مأخوذة من وَهَبَ يقال: وهب يَهَبُ وهباً ووهباً وهبة، والاسم: الموهب والموهبة، ولا يقال: وهبكه، هذا قول سيبويه وحكى السِّيْرَافي عن أبي عَمْرٍو أنه سمع أعرابياً يقول لآخر: انطلق معي أهبك نبلاً.
ووهبت له هبة وموهبة ووهباً ووهباً إذا أعطيته، ووهب الله له الشيء، فهو يَهَبُ هبةً، وتواهب الناس بينهم، أي: يهب بعضهم بعضاً، وهي في الأصل مصدر محذوف الأول عوض عنه هاء التأنيث، فأصلها: وهب بتسكين الهاء وتحريكها، ومما تقدم من اشتقاق للفظ الهبة، يتبيَّنُ لي أنها تُطْلَقُ في اللغة على التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقاً، سواء أكان مالاً أو غير مال.
فالهبة: العَطِيَّةُ الخالية عن الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمى صاحبها وهاباً.
انظر: لسان العرب ٦/ ٤٩٢٩.
اصطلاحاً:
عَرَّفَهَا الأَحْنَافُ بأنها: تَمْلِيكٌ بلا عوض.
وعرفها الشافعية بأنها: التمليك بلا عِوَضٍ.
وعَرَّفها المالكية بأنها: تَمليكٌ متمول بغير عِوَضٍ.
وعرفها الحَنَابلة بأنها: تمليك جائز التصرُّف مالاً معلوماً، أو مجهولاً، تعذر علمه.
انظر: فتح القدير ٩/ ١٩، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٨، الإقناع ٢/ ٨٥، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٦ والمحلى على المنهاج ٣/ ١١٠، مواهب الجليل ٦/ ٤٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٥١٧ والمغني ٦/ ٢٤٦.

استحساناً، وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل، وفي قول ما لم يقبل ويقبض، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان، فباعه فلم يقبل، أنه لا يحنث، وعلى هذا الخلاف إذا قال رجلٌ لآخر: وَهَبْتُ هذا الشيء منك، فلم يقبل، فقال المقر له: لا بل قبلت، فالقول قول المقر عندنا، وعنده القول قول المقر له، وأجمعوا على أنه لو قال: بعت هذا الشيء منك فلم تقبل، فقال المقر له: لا بل قبلت أن القول قول المقر له.

وجه القياس: أن الهبة تصرف شرعي، والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب، فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعاً، هذا أمكن الإيجاب بدون القبول تبعاً؛ كذا هذا.

وجه الاستحسان أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة، فترتب عليها الأحكام[1].

والدليلُ عَلَىٰ أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روي عن النبي - عليه الصلاة

(١) المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا القبض وهو قولُ أكْثرِ الفُقَهاءِ منهم؛ النَّخَعِيُّ، والثَّوْرِيُّ، والحَسَنُ بن صالِحٍ، وأبو حنيفة، والشافِعِيُّ، وقال مالِكٌ، وأبو ثَوْرٍ: يَلْزَمُ ذلك بمُجَرَّدِ العَقْدِ؛ لِعُمُومِ قوله عليه السَّلامُ: «العائِدُ في هِبَتِه. كَالْعائِدِ في قَيْئِه». ولأنّه إزَالةُ مِلْكٍ بغيرِ عِوَضٍ، فلَزِمَ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ؛ كالوَقْفِ والعِتْقِ. وربما قالوا: تَبَرُّعٌ، فلا يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ، كالوَصِيَّةِ والوَقْفِ. ولأنّه عَقْدٌ لازِمٌ يَنْقُلُ المِلْكَ، فلم يَقِفْ لُزُومُه على القَبْضِ كالبَيْعِ. ولَنا، إجماعُ الصَّحابةِ رَضِيَ الله عنهم، فإنَّ ما قُلْناه مَرْوِيٌّ عن أبي بكرٍ وعمرَ رَضِيَ الله عنهما، ولم يُعْرَفْ لهما في الصَّحَابَةِ مُخَالِفٌ، فَرَوى عُرْوَةُ، عن عائِشَةَ رَضِيَ الله عنها، أنَّ أبا بكرٍ، رَضِيَ الله عنه، نَحَلَها جِذاذَ عِشْرِينَ وَسْقاً من مالِه بالعَالِيَةِ. فلما مَرِضَ، قال: يا بُنَيَّة، ما أَحَدٌ أَحَبُّ إليَّ غِنًى بَعْدِي منك، ولا أحدٌ أعزُّ عليَّ فَقْراً منكِ، وكنتُ نحلتك جذاذ عشرين وسقاً، ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك، فاقتسموا على كتاب الله عَزَّ وجَلَّ. وروى ابن عيينة، عن الزهري، عن عروة، عن عبد الرحمن بن عبد القارىء، أن عمر بن الخطاب، قال: ما بال أقوام ينحلون أولادهم، فإذا مات أحدهم، قال: مالي، وفي يدي. وإذا مات هو، قال: قد كنت نحلته ولدي. لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد، فإن مات ورثه. وروى عثمان أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا صغاراً. قال المرُّوذي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعليٌّ، أن الهبة لا تجوز إلاَّ مقبوضة. ولأنها هبةٌ غير مقبوضةٍ، فلم تلزم، كما لو مات قبل أن يقبض، فإن مالكاً يقول: لا يلزم الورثة التسليم، والخبر محمولٌ على المقبوض، ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق؛ لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى، فخالف التمليكات، والوصية تلزم في حق الوارث، والعتق إسقاط حق وليس بتمليك، ولأن الوقف والعتق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون. ينظر المغني ٨/ ٢٤٠ - ٢٤١.

والسلام ـ أنَّهُ قَالَ: «لاَ تَجُوزُ الهِبَةُ إِلاَّ مَقْبُوضَةً مَحُوزَةً»[١] أطلق اسن الهبة بدون القبض والحيازة.

وروي: «أَنَّ الصَّعْبَ بْنَ جَثَّامَةَ أَهْدَىٰ إِلَى النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والسَّلاَمُ ـ حِمَارَ وَحْشٍ وَهُوَ بالأَبْوَاءِ» وفي رواية: «بِوَدَّانَ فَرَدَّهُ النَّبِيُّ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ/ وقَالَ: «لَوْلاَ أَنَّا حُرُمٌ[٢] وَإِلاَّ لَقَبِلْنَا»[٣] فقد أطلق الراوي اسم الإهداء بدون القبول، والإهداء من ألفاظ الهبة.

وروي أن سيدنا أبا بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ دعا سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها في مرضِ موتِهِ، فقال لها: إني كنتُ نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه[٤]، وإنما هو اليوم مال الوارث[٥]، أطلق الصديق ـ رضي الله عنه ـ اسم النحلي بدون القبض، والنحلي من ألفاظ الهبة، فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك.

والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغةً؛ بخلاف البيع؛ فإنه اسم الإيجاب مع القبول، فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر، فما لم يوجدا لا يتسم التصرف بسمة البيع؛ ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع، وكذا الغرض من الحلف؛ هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه، وذلك هو الإيجاب؛ لأنه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه.

فأما القبولُ والقبضُ ففعل الموهوب له، فلا يكون مقدور الواهب، والملك محكوم شرعي ثبت جبراً من الله تعالى، شاء العبد أو أبى، فلا يتصور منع النفس عنه أيضاً؛ بخلاف البيع؛ فإنه وَإن منع نفسه عن فعله وهو الإيجاب، إلاَّ أن الإيجاب هناك لا يصير تبعاً بدون القبول، فشرط القبول ليصير تبعاً[٦] فالإيجاب هو أن يقول الواهب: وهبت هذا الشيء لك، أو

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٢١) وقال: غريب.
وقال الحافظ في الدراية: لم أجده (٢/ ١٨٣) والحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه. (٩/ ١٠٧) كتاب المواهب، باب: الهبات، حديث (١٦٥٢٩) من قول إبراهيم النخعي.

(٢) في ط: حرام.

(٣) تقدم.

(٤) في أ: جذيتيه.

(٥) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٥٢) كتاب الأقضية، باب: «ما لا يجوز من النحل»، حديث (٤٠).
وعبد الرزاق في «مصنفه» (٩/ ١٠٢) كتاب «الوصايا»: باب: النحل، حديث (١٦٥٠٩).
كلاهما من طريق الزهري عن عروة عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ به وإسناده صحيح.

(٦) في أ: بيعاً.

ملكته منك، أو جعلته لك، أو هو لك، أو أعطيته، أو نحلته، أو أهديته إليك، أو أطعمتك هذا الطعام، أو حملتك على هذه الدابة، ونوى به الهبة.

أما قوله: وهبتُ لك، فصريح في الباب، وقوله[١] ملكتك يجري مجرى الصريح أيضاً؛ لأن تمليك العين للحال من غير عوض هو تفسير الهبة، وكذا قوله: جعلتُ هذا الشيء لك.

وقوله «هو لك» لأن اللام المضاف إلى من هو [من][٢] أهل الملك[٣] للتمليك، فكان تمليك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة؛ وكذا قوله «أعطيتك»؛ لأن العطية المضافة إلى العين في عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض، وهذا معنى الهبة، وكذا يستعمل الإعطاء استعمال الهبة، يُقال: «أعطاك الله كذا ووهبك» بمعنى، والنحلة هي العطيةُ، يقال: فلان نحل ولده نحلى، أي: أعطاه عطية، والهبة بمعنى العطية.

وقوله: «أطعمتك هذا الطعام» في معنى أعطيتك وقوله: «حملتك على هذه الدابة» فإنه يحتمل الهبة ويحتمل العارية، فإنه رُوِي أنَّ سيدنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنهما ـ حَمَلَ رَجُلاً عَلَىٰ دَابَّةٍ ثُمَّ رَآهَا تُبَاعُ فِي السُّوقِ، فَأَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيهَا، فَسَأَلَ رَسُولَ الله ﷺ عَنْ ذَلِكَ؟ فَقَالَ ﷺ: «لا تَرْجِعْ فِي صَدَقَتِكَ»[٤] فاحتمل تمليك العين، واحتمل تمليك المنافع، فلا بد من النية للتعيين.

وَلَوْ قال: منحتك هذا الشيء، أو قال: هذا الشيء لك منحة، فهذا لا يخلو إما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك، وَإما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه، فإن كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك؛ كالدار والثوب والدابة والأرض، بأن قال: هذه الدار لك منحة، أو هذا الثوب أو هذه الدابة، أو هذه الأرض ـ فهو عارية، لأن المنحة في الأصل عبارة عن هبة المنفعة، أو ما له حكم المنفعة، وقد أضيف إلى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة، لأن منفعة الأرض زراعتها، فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض، وهو تفسير الإعارة؛ وكذا إذا قال لأرض بيضاء: هذه الأرض لك طعمة، كان عارية؛ لأن عين الأرض مما لا يطعم، وَإنما يطعم ما يخرج منها، فكان طعمة الأرض زراعتها، فكان ذلك حينئذ إعارة، ولصاحبها أن يأخذها إذا لم يكن فيها زرع، وإن كان فيها زرع فالقياسُ أنْ يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس، وفي

---

(١) في أ: وقولك.

(٢) سقط من ط.

(٣) في ط: للملك.

(٤) سيأتي ضمن شواهد حديث العائد في هبته.

٣/١٨٧أ الاستحسان يترك إلى وقت الحصاد بأجر المثل، [وسنذكر وجهيها/ في «كتاب العارية»][١] ولو منحه شاة حلوباً أو ناقة حلوباً أو بقرةً حلوباً، وقال: هذه الشاة لك منحة، أو هذه الناقة أو هذه البقرة، كان عارية، وجاز له الانتفاع بلبنها؛ لأن اللبن وَإن كان عيناً حقيقة فهو معدود من المنافع عرفاً وعادةً، فأعطى له حكم المنفعة؛ كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها، وكذلك لو منحه جدياً أو عناقاً، كان له عارية؛ لأن الجدي بعرض أن يصير فحلاً، والعناق حلوباً، وإن عنى بالمنحة الهبة في هذه المواضع فهو على ما عنى؛ لأنه نوى[٢] ما يحتمله لفظه، وفيه تشديد على نفسه، وإن كان مما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك كالمأكول والمشروب والدراهم والدنانير، بأن قال: هذا الطعام لك منحة، أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير - كان هبة، لأن المنحة المضافة إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك - لا يمكن حملها على هبة المنفعة، فيحمل على هبة العين، وهي تمليكها، وتمليك العين للحال من غير عوض هو تغيير الهبة.

هذا إذا كان الإيجاب مطلقاً عن القرينة، فأما إذا كان مقروناً بقرينة، فالقرينةُ لا تخلو إما إن كان وقتاً، وإما إن كان شرطاً، وإما إن كان منفعة، فإن كان وقتاً بأن قال: أعمرتك هذه الدار، أو صرح فقال: جعلت هذه الدار لك عمري، أو قال: جعلتها لك عمرك[٣]، أو قال: هي لك عمرك أو حياتك، فإذا مت أنت فهي رد علي، أو قال: جعلتها لك عمري أو حياتي، فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي - فهذا كله هبة، وهي للمعمر له في حياته ولورثته بعد وفاته، والتوقيت باطلٌ، والأصلُ فيه ما رُوِيَ عَنْ رَسُول الله - ﷺ - أَنَّهُ قال: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، لاَ تُعْمِرُوهَا، فَإِنَّ مَنْ أَعْمَر شيئاً فَإِنَّهُ لِمَنْ أَعْمَرَهُ»[٤].

وَرَوَى جابر بن عبد الله أن رسولَ الله ﷺ قال: «أيُّما رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا[٥] لِلَّذي يُعْطَاهَا لاَ يَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا؛ لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ المَوَارِيثُ»[٦].

---

(١) في أ: وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في كتاب العارية.

(٢) في أ: عنى.

(٣) في أ: عمري.

(٤) أخرجه مسلم (٣/١٢٤٦) كتاب الهبات: باب العمرى حديث (٢٦/ ١٦٢٥) والنسائي (٦/ ٢٧٤) كتاب العمرى: باب اختلاف الناقلين لخبر جابر في العمرى، وأحمد (٣/٣١٧) وابن أبي شيبة (٧/ ١٤٢) وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٢٨٤) من طريق أبي الزبير عن جابر به.

(٥) في أ: وهي.

(٦) أخرجه مالك (٢/٧٥٦) كتاب الأقضية: باب القضاء في العمرى حديث (٤٣) ومسلم (٣/ ١٢٤٥) كتاب الهبات باب العمرى حديث (٢٠/ ١٦٢٥) وأبو داود (٣/ ٨١٩) كتاب البيوع والإجارت: باب في العمرى له ولعقبه حديث (٣٥٥٣) والترمذي (٣/ ٦٣٢) كتاب الأحكام: باب في العمرى حديث (١٣٥٠)=

وعن جابر قال: «قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «مَنْ أَعْمَر عُمْرَى حَيَاتَهُ فَهِيَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهُ[من][1] بَعْدَهُ»[2]؛ فدلت هذه النصوص على جواز الهبة وبطلان التوقيت؛ لأن قوله «جعلت هذه الدار لك» أو «هي لك» ـ تمليكُ العين للحال مطلقاً.

ثم قوله عمري توقيت التمليك، وأنه تغيير لمقتضى العقد؛ وكذا تمليك الأعيان لا يحتمل التوقيت نصًا؛ كالبيع، فكان التوقيت تصرفاً مخالفاً لمقتضى العقد والشرع، فبطل وبقي العقد صحيحاً، وإن كانت القرينة شرطاً نظر إلى الشرط المقرون[3]، فإن كان مما يمنع وقوع[4] التصرف تمليكاً للحال يمنع صحة الهبة، وإلا فيبطل الشرط، وتصح الهبة.

وعلى هذا يخرج ما إذا قالَ: «أرْقبتُكَ هذه الدار»، أو صرح فقال: جعلت هذه الدار لك رقبى، أو قال: هذه الدار لك رقبى، ودفعها إليه، فهي عارية في يده، له أن يأخذها منه متى شاء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هذا هبة.

وقوله «رقبى» باطلٌ، احْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ أَجَازَ العُمْرَىٰ وَالرُّقْبَىٰ؛ ولأن قوله: «دَارِي لَكَ» تمليكُ العين، لا تمليك المنفعة، ولما قال رقبى، فقد علقه بالشرط، وأنه لا يحتمل التعليق، فبطل الشرط وبقي العقد صحيحاً، ولهذا لو قال: داري لك عمرى؛ أنه تصح [شرط][5] الهبة ويبطل شرط المعمر؛ كذا هذا، واحتجا بما روى الشعبي عن شريح أنَّ

= والنسائي (٦/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥) كتاب العمرى وابن ماجه (٢/ ٧٩٦) كتاب الهبات: باب العمرى حديث (٢٣٨٠) والطيالسي (١/ ٢٨١ ـ منحة) رقم (١٤٢٤) وابن الجارود (٩٨٧) وأبو يعلى (٤/ ٧١ ـ ٧٢) رقم (٢٠٩٢، ٢٠٩٣) وابن حبان (٥١٠٨، ٥١١٣، ٥١١٥، ٥١١٦ ـ الإحسان) والشافعي (٢/ ١٦٨) كتاب الهبة والعمرى حديث (٥٨٨) وأحمد (٣/ ٣٩٣، ٣٩٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٩٢) والبيهقي (٦/ ١٧٢) كتاب الهبات: باب العمرى، والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٢١ ـ بتحقيقنا) من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

ومن طريق أبي سلمة أخرجه البخاري (٥/ ٢٨٢).

كتاب الهبة: باب ما قيل في العمرى والرقبى حديث (٢٦٢٥) بلفظ: قضى النبي ﷺ بالعمرى أنها لمن وهبت له.

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٠) كتاب البيوع: باب من قال في العمرى له ولعقبه حديث (٣٥٥٦) والنسائي (٦/ ٢٧٣) كتاب العمرى: باب اختلاف الناقلين لخبر جابر في العمرى والبيهقي (٦/ ١٧٥) كتاب الهبات: باب الرقبى، من طريق ابن جريج عن عطاء عن جابر عن النبي ﷺ به.

وصححه الألباني في «الإرواء» (٦/ ٥٢).

(٣) في أ: المذكور.

(٤) في أ: وقوف.

(٥) سقط من ط.

رسولَ الله ﷺ أجاز العمرىٰ وأبطلَ الرقبى، ومثلهما لا يكذب؛ ولأن قوله: «داري لك رقبى» تعليقُ التمليكِ بالخطر؛ لأن معنى الرقبى أنه يقول، إن مت أنا قبلك فهي لك، وَإن متّ أنتَ قبلي فهي لي.

سمي الرقبى من الرقوب، والارتقاب والتَّرَقُّب؛ وهو الانتظار؛ لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته، وذلك غير معلوم، فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم، والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر، فلم تصح هبة، وصحت عارية/ ٣/١٨٧ب لأنه دفع إليه وأطلق له الانتفاع به، وهذا معنى العارية، وهذا بخلاف العمرى؛ لأن هناك وقع التصرف تمليكاً للحال، فهو بقوله: عمرى وقت التمليك أنه لا يحتمل التوقيت، فبطل وبقي العقد على الصحة، ولا حجة له في الحديث؛ لأن الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة؛ وهي الانتظار ويحتمل أن تكون من الأرقاب؛ وهو هبة الرقبة؛ ، فإن أريد بها الأول كان حجة له، وإن أريد بها الثاني لا يكون حجة؛ لأن ذلك جائز، فلا يكون حجة مع الاحتمال، أو يحمل على الثاني توفيقاً بين الحديثين، صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه.

وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهم في الحقيقة إن كان الرقبى والأرقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة، وينبغي أن ينوي، فإن عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلافٍ، وَإن عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف.

ولو قال لرجلين: داري لأطولكما حياةً، فهو باطل، لأنه لا يدري أيهما أطول حياة، فكان هذا تعليق التمليك[1] بالخطر، فبطل، ولو قال: داري لك حبيسٌ، فهذا عارية عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف هو هبةٌ، وقوله «حبيس» باطل بمنزلة الرقبى.

وجه قوله إن قوله «داري لك»، تمليكٌ، وقوله «حبيس» نفي الملك، فلم يصح النفي وبقي التمليك على حاله.

وجه قولهما إن قوله «حبيس» خرج تفسيراً لقوله «لك»، فصار كأنه ابتدأ بالحبيس فقال: داري حبيس لك، ولو قال ذلك كان عارية بالإجماع؛ كذا هذا.

ولو قال: داري رقبى لك عارية إجماعاً، ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوى ولو وهب جارية على أن يبيعها، أو على أن يتخذها أم ولد، أو على أن يبيعها لفلان، أو على أن يدبرها[2] عليه بعد شهر جازت الهبة، وبطل الشرط؛ لأن هذه الشروط مما لم تمنع وقوع

---

(١) في أ: الحكم.

(٢) في ط: يردها.

التصرف تمليكاً للحال، وهي شروط تخالف مقتضى العقد، فتبطل، ويبقى العقد على الصحة، بخلاف شروط الرقبى على ما بينا، وبخلاف البيع فإنه تبطله هذه الشروط؛ لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسراً له، لأن ذكره في العقد لم يصح، فيلحق بالعدم، ويبقى العقد صحيحاً، إلاَّ أن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه، ولا نهي في الهبة، فيبقى الحكم فيه على الأصل؛ ولأن دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شيءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء:٤]، وهذا يجري مجرى الترغيب في أكل المهر......(١)

---

(١) روي هذا الحديث من طرق عن النبي ﷺ فمن حديث عائشة رضي الله عنها.
أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٢١) والدولابي في «الكنى» (١/ ١٤٣) وأبو الشيخ في الأمثال (١٢٥) والقضاعي في «مسند الشهاب» (٦٥٣) كلهم من طريق المثنى أبي حاتم العطار عن عبيد الله بن العيزار عن القاسم بن محمد بن أبي بكر عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أبناءكم مجداً وأقيلوا الكرام عثراتهم».
وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٤٩) وقال: وفيه المثنى أبو حاتم ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات وفي بعضهم كلام.
ومن هذا الوجه ذكره السخاوي في «المقاصد الحسنة» (ص ـ ١٦٥) وعزاه للطبراني في الأوسط والحربي في الهدايا والعسكري في الأمثال اهـ.
وللحديث شواهد من حديث أبي هريرة وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن عمر وعطاء مرسلاً.
حديث أبي هريرة:
أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤) والدولابي في «الكنى» (١/ ١٥٠، ٢/ ٧) وأبو يعلى (١١/ ٩) رقم (٦١٤٨) والبيهقي (٦/ ١٦٩) كتاب الهبات: باب التحريض على الهبة والهدية. والقضاعي في ـ مسند الشهاب ـ (٦٥٧) كلهم من طريق ضمام عن موسى بن وردان عن أبي هريرة مرفوعاً.
قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٦٩ ـ ٧٠): رواه البخاري في الأدب المفرد والبيهقي وأورده ابن طاهر في «مسند الشهاب» من طريق محمد بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن موسى بن وردان عن أبي هريرة وإسناده حسن.
حديث عبد الله بن عمرو.
أخرجه الحاكم في «علوم الحديث» (ص ٨٠) من طريق ضمام بن إسماعيل عن أبي قبيل المعافري عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: تهادوا تحابوا.
حديث عبد الله بن عمر.
أخرجه أبو القاسم الأصبهاني في «الترغيب والترهيب» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٢١) من طريق إسماعيل بن إسحاق الراشدي ثنا محمد بن داود بن عبد الجبار عن أبيه عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا».
مرسل عطاء.
أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٩٠٨) كتاب حسن الخلق باب ما جاء في المهاجرة حديث (١٦) عن عطاء قال: قال رسول الله ﷺ «تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء». =

وقوله عليه الصلاة والسلام: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا» وهذا ندبٌ إلى التهادي، والهدية هبةٌ.

وروينا عن الصديق رضي الله عنه أنه قال لسيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ «إنّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ كَذَا وكَذَا»[١]، وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِم أَوْ عَلَى وَجهِ صَدَقة، فإنَّهُ لا يرْجِعُ فِيهَا، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ فَهُوَ عَلَى هِبَتِه يَرْجِعُ فِيهَا إنْ لَمْ يَرْضَ عَنْهَا»[٢]، ونحوه[٣] من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة،، من غير فصل بين ما إذا[٤] قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن.

وعلى هذا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها، أو وهب حيواناً واستثنى ما في بطنه أن الهبة جائزة في الأم والولد جميعاً، والاستثناء باطلٌ، والكلُّ للموهوبِ له.

وجملةُ الكلام في العقود التي فيها استثناء الحمل أنها أقسام ثلاثة: قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعاً، وقسم منها يصحُّ ويبطل الاستثناء، وقسم منها يصح ويصح الاستثناء.

أما الأول: فهو البيع، والإجارة، والكتابةُ، والرهن؛ لأن الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد، وهذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة.

وأما القسم الثاني فالهبةُ، والصدقة والنكاحُ، والخلعُ، والصلحُ عن دم العمدِ، لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة، فيصح العقد ويبطل الاستثناء، ويدخل الأم والولد جميعاً في العقد؛ لأن الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها إذا لم يصح التحق بالعدم، فصار كأنه لم يستثن؛ وكذا العتق بأن أعتق جارية واستثنى ما في بطنها أنه يصح العتق، ولا يصح الاستثناء حتى/ يعتق الأم والولد جميعاً؛ لما قلنا. ٣/١٨٨أ

وأما القسم الثالث: فالوصيةُ؛ بأن أوصىٰ لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها؛ لأنه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها، فقد أبقى ما في بطنها ميراثاً لورثته، والميراثُ يجري فيما في البطن، وهذا بخلاف ما إذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الطحاوي (٤/ ٨١).

والبيهقي (٦/ ١٨٢) كتاب الهبات، باب: «المكافأة في الهبة».

كلاهما من طريق ابن وهب أن مالك بن أنس حدثه عن داود بن الحصين عن أبي غطفان بن طريف المري عن مروان بن الحكم أن عمر بن الخطاب قال: . . . فذكره بنحوه.

وهذا إسناد صحيح رجاله ثقات، إلا أن الحديث موقوف على عمر رضي الله عنه.

(٣) في أ: ونحو ذلك.

(٤) سقط من ط.

لورثته، أنه تَصَحُّ الوصيةُ، ويبطل الاستثناء، لأن الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الأصل.

ألاَ ترى أنه لو أَوْصَىٰ بخدمتها وغلتها لإنسان ومات الموصي، ثم مات الموصى له بعد القبول، لا تصير الغلة والخدمة ميراثاً لورثة الموصى له، بل تعود إلى ورثة الموصي، وبمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لإنسان، والمسألة بحالها، فإن الولد يصير ميراثاً لورثة الموصى له، وما افترقا إلا لما ذكرنا، والله عَزَّ وَجَلَّ ـ أعلم.

وَإِنْ كانت القربة[1] منفعة بأن قال: دارى لك سكنى، أو عمرى سكنى، أو صدقة سكنى، أو هبة سكنى، أو سكنى هبة، أو هي لك عمرى عارية، ودفعها إليه ـ فهذا كله عارية؛ لأنه لما ذكر السكنى في قوله «داري لك سكنى» أو «عمرى سكنى» أو «صدقة سكنى» [دل على][2] أنه أراد تمليك المنافع؛ لأن قوله «هذا لك» ظاهرُه وَإِن كان [لتمليك العين][3] لكنه يحتمل تمليك المنفعة، لأن الإضافة إلى المستعير والمستأجر مستعملة[4] عرفاً وشرعاً.

وقوله«سكنى» موضوعٌ للمنفعة، لا تستعمل إلا لها، فكان محكماً، فجعل تفسيراً للمحتمل وبياناً أنه أراد به تمليك المنفعة، وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية؛ وكذا قوله «سكنى» بعد ذكر الهبة، يكون تفسير للهبة؛ لأن قوله هبة يحتمل هبة العين، ويحتمل هبة المنافع، فإذا قال «سكنى» فقد عين هبة المنافع، فكان بياناً لمراد المتكلم؛ أنه أراد هبة المنافع، وهبةُ المنفعةِ تمليكها من غير عوض، وهو معنى العارية.

وإذا قال: «سكنى هبة»، فمعناها أن سكنى الدار هبة لك، فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية.

ولو قال: «هي لك عمرى تسكنها»، أو «هبة تسكنها» أو «صدقة تسكنها»، ودفعها إليه فهو هبة؛ لأنه ما فسر الهبة بالسكنى لأنه لم يجعله نعتاً، فيكون بياناً للمحتمل، بل وهب الدار منه، ثم شاوره فيما يعمل بملكه، والمشورة في ملك الغير باطلة، فتعلقت الهبة بالعين.

وقوله «تسكنها»، بمنزلة قوله لتسكنها؛ كما إذا قال«وهبتها لك لتؤاجرها»، ولو قال: هي لك تسكنها، كانت هبة أيضاً، لأن الإضافة بحرف اللام إلى من، هو أهل الملك للتمليك، وقوله «تسكنها» مشورة على ما بينا.

---

(١) في ط: القرينة.
(٢) في أ: علم.
(٣) في أ: التمليك.
(٤) في ط: منفعة.

فصل في شرائطها

وأما الشرائط فأنواعٌ، بعضُها يرجع إلى نفس الركن[١]، وبعضها يرجع إلى الواهب، وبعضها يرجع إلى الموهوب وبعضها يرجع إلى الموهوب له.

أما الأول[٢]فهو أنْ لا يكون معلقاً[٣] بما له خطر الوجود والعدم؛ من [دخول زيدٍ وقدوم خالد][٤] والرقبى ونحو ذلك؛ ولا مضافاً إلى وقت، ؛ بأن يقول: وهبت هذا الشيء منك غداً، أو رأس شهر كذا؛ لأن الهبة تمليكُ العين للحال، وأنه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع.

وأما ما يَرجِعُ إلى الواهب؛ فهو أن يكون ممن يملك التبرع؛ لأن الهبةَ تبرعٌ، فَلاَ يملكها من لا يملك التبرع، فلا تجوزُ هبةُ الصبي والمجنون؛ لأنهما لا يملكان التبرع، ؛ لكونه ضرراً محضاً لا يقابله نفع دنيوي، فلا يملكها الصبي والمجنون؛ كالطلاق والعتاق؛ وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلافٍ؛ لأن المتبرعَ بمال الصغير قربان ماله لا على الوجه[٥] الأحسن؛ ولأنه لا يقابله نفع دنيوي، وقد قال الله تعالى، عَزَّ شأنه: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء: ٣٤] ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضرراً محضاً، ، وترك [الضرر مرحمة][٦] في حق الصغير، فلا يدخل تحت ولاية الولي؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ إِضْرَارَ فِي الإِسْلاَمِ» وقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ لا[٧] يَرْحَم صَغِيرَنا فَلَيْسَ مِنَّا» ولهذا لم يملك طلاق امرأته وإعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة ٣/١٨٨ب المحضة:/

وَإن شرط الأب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله: يجوز، وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون؛ أنه لا يجوز عندهما، سَوَاءٌ كان بعوض أو بغير عوضٍ، وعنده يجوز بشرط العوض. والأصلُ عندهما أنَّ كل من لا يملك التبرع لَا يملك الهبة، لا بعوضٍ ولا بغير عوض، والأصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض.

وجهُ قولِ محمد أن الهبة تمليك، فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكاً بعوض، وهذا تفسير البيع، وَإنما اختلفت العبارة، ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى، كلفظ البيع مع لفظه التمليك.

---

(١) في أ: الشرط.
(٢) في أ: أما الذي يرجع إلى نفس الركن.
(٣) في أ: متعلقاً.
(٤) في أ: دخول الدار وقدوم فلان.
(٥) في طـ: وجه.
(٦) في طـ: المرحمة.
(٧) في أ: لم.

ولهما أن الهبة بشرط العوض تقع تَبَرُّعاً ابتداءً، ثم تصير بيعاً في الانتهاء؛ بدليل أنها [لا][١] تفيد الملك قبل القبض، ولو وقعت بيعاً من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض؛ لأن البيع [الصحيح][٢] يفيد الملك بنفسه، دَلَّ أنها وقعت تبرعاً ابتداء، وهؤلاء لا يملكون التبرع، فلم تصحَّ الهبة حين وجودها، فلا يتصور أن تصير بيعاً بعد ذلك.

وأمَّا مَا يَرْجِعُ إلى الموهوب فأنواعٌ: منها أن يكون موجوداً وقت الهبة، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد[٣]؛ بأن وهب ما يثمر نخله العام وما تلد أغنامه السنة، ونحو ذلك؛ بخلاف الوصية، والفرقُ أن الهبة تمليك للحال، وتمليكُ المعدوم مُحَالٌ، والوصية تمليك مضافٌ إلى ما بعد الموت، والإضافة لا تمنع جوازها.

وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية، أو ما في بطن هذه الشاة، أو ما في ضرعها لا يجوز، وإن سلطه على القبض عند الولادة والحلب،؛ لأنه لا وجه لتصحيحه للحال؛ لاحتمال الوجود والعدم؛ لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل، وقد يكون لداء في البطن وغيره؛ وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن، وقد يكون بغيره، فكان له خطر الوجود والعدم، ولا سبيل لتصحيحه بالإضافة إلى ما بعد زمان الحدوث؛ لأن التمليك بالهبة مما لا يحتمل الإضافة إلى الوقت، فبطل، ولهذا لا يجوز بيعه، بخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين، وسلطه على القبض أنه يصح استحساناً؛ لأنه أمكن تصحيحه للحال؛ لكون الموهوب موجوداً مملوكاً للحال، مقدور القبض بطريقه؛ على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

وكذلك لو وهب زبداً في لبن، أو دهناً في سمسم، أو دقيقاً في حنطة ـ لا يجوز، وإن سلطه على قبضه عند حدوثه؛ لأنه معدومٌ للحال، فلم يوجد محل حكم العقد للحال، فلم ينعقد، ولا سبيل إلى الإضافة إلى وقت الحدوث، فبطل أصلاً، بخلاف ما إذا وهب صوفاً على ظهر الغنم، وَجَزَّهُ وسلمه؛ أنه يجوز؛ لأن الموهوبَ موجودٌ مملوكٌ للحال، إلاَّ أنه لم ينفذ للحال لمانع، وهو كون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب، فإذا جزَّهُ فقد زال المانع لزوال الشغل، فينفذ عند وجود القبض؛ كما لو وَهَبَ شقصاً مشاعاً ثم قسمه وسلمه.

ومنها: أن يكون[٤] مالاً مُتَقَوَّماً، فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً؛ كالحر، والميتة، والدم، وصيد الحرم، والإحرام، والخنزير؛ وغير ذلك؛ على ما ذكرنا في البيوع، ولا هبة ما ليس بمال مطلق؛ كأم الولد، [والمدبر المطلق، والمكاتب][٥]؛ لكونهم أحراراً من وجهٍ، ولهذا لم يجز بيع هؤلاء، ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر، ولهذا لم يجز بيعُها.

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.
(٣) في أ: الهبة.
(٤) في أ: لا يكون.
(٥) في أ: والمدبر والمكاتب المطلق.

ومنها: أن يكون مملوكاً في نفسه، فلا تجوز هبة المباحات؛ لأن الهبة تمليك؛ وتمليكُ ما ليس بمملوك محالٌ.

ومنها: أن يكون مملوكاً للواهب، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه؛ لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك، وإن شئت رَدَدْتَ هذا الشرط إلى الواهب، وكل ذلك صحيحٌ؛ لأن المالك والمملوك من الأسماء الإضافية، والعلقة التي تدور عليها الإضافة هي الملك، فيجوز رَدُّ هذا الشرط إلى الموهوب، ويجوز رَدُّهُ إلى الواهب في صناعة الترتيب، فافهم.

وسواء كان المملوك عيناً أو ديناً، فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين، قياساً واستحساناً.

وأما هبة الدين لغير من عليه الدين، فجائزٌ أيضاً إذا أذن له بالقبض وقبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وإن أذن له بالقبض.

٩/٣ وجه القياس أن القبض شرط جواز الهبة، وما في الذمة لا يحتمل/ القبض، بخلاف ما إذا وهب لمن عليه؛ لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه، فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة.

وجه الاستحسان أن ما في الذمة مقدورُ التسليم والقبض، ألا ترى أن المديون يجبر على تسليمه، إلاّ أن قبضه بقبض العين، فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة، إلاّ أنه لا بد من الإذن بالقبض صريحاً، ولا يكتفي فيه بالقبض بحضرة الواهب، بخلاف هبة العين؛ لما نذكره في مَوْضِعِهِ.

ومنها: أن يكون محوزاً، فلا تجوز هبة المشاع[1] فيما يقسم، وتجوز فيما لا يقسم؛

(١) وهبه المشاع صحيحة عند أحمد ومالِكٌ، والشافِعيُّ. قال الشافعي: وسواء في ذلك ما أمكن قسمته؛ أو لم يمكن. وقال أصحاب الرأي: لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته؛ لأن القبض شرط في الهبة، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه. فإن كان مما لا يمكن قسمته، صحت هبته؛ لعدم ذلك فيه. وإن وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم، لم يجز عند أبي حنيفة. وجاز عند صاحبيه. وإن وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم، لم يصح في قياس قولهم؛ لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع. ولنا، أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم، قال رسولُ الله ﷺ: «مَا كَانَ لِي وَلِبَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ، فَهُوَ لَكُمْ». رواه البخاري. وهذا هبة مشاع. وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: سمعت النبي ﷺ، وقد جاءه رجل ومعه كبةٌ من شعر، فقال: أخذت هذه من المغنم لأصلح بردعة لي. فقال النبيُّ ﷺ: «مَا كَانَ لِي ولِبَنِي عَبْدِ المُطَّلِبِ فهو لَكَ». ورَوَى عُمَيْرُ بن سَلَمَةَ الضَّمْرِيُّ، قال: قال خَرَجْنَا مع رسولِ الله ﷺ، حتى أَتَيْنَا الرَّوْحَاءَ، فَرَأَيْنا حِمَارَ وَحْشٍ مَعْقُوراً، فأردنا أخذه، فقال رسول الله ﷺ: «دَعُوهُ، فإنَّه يُوشِكُ أنْ يَجِيءَ صَاحِبُهُ»؛ فجاءَ رَجُلٌ من بَهْزٍ، وهو الذي عَقَرَهُ، فقال: يا رسولَ الله: شأنَكُم الحِمَارَ. فأمَرَ رسولُ الله ﷺ أبا بَكْرٍ أن يَقْسِمَهُ بين النَّاسِ. رَوَاهُ الإمامُ أحمدُ، والنَّسائِيُّ. ولأنَّه يجوزُ بَيْعُه، فجازَتْ هِبَتُه، كالذي لا يَنْقَسِمُ، ولأنّه مُشَاعٌ، فأشْبَهَ ما لا يَنْقَسِمُ. وقولُهم: إنَّ وُجُوبَ القِسْمةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ القَبْضِ. لا يَصِحُّ؛ فإنَّه لم يَمْنَعْ صِحَّته في البَيْعِ، فكذا ههنا. ومتى كانت الهبةُ لاثنين، فقبضاه بإذنه، ثبت ملكهما فيه، وإن قبضه أحدهما، ثبت الملك في نصيبه دون نصيب صاحبه. ينظر المغني ٨/ ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

كالعبد والحمام والدن[1] ونحوها، وهذا عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ ليس بشرط، وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده.

واحتجَّ بظاهرِ قولِهِ عَزَّ وَجَلَّ. ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَنْ يَعْفُونَ﴾ [البقرة:٢٣٧] أوجب. سبحانه وتعالى ـ نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول، إلا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف، من غير فصلٍ بين العين والدين، والمشاع والمقسوم[2]، فيدلُّ على جواز هبة المشاع في الجملة، وبما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ أَنَّهُ لَمَّا شَدَّدَ في الغُلُول في الغَنِيمَةِ في بعْض الغَزَوَات، فَقَام ـ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلاَمُ ـ إِلَىٰ سَنَام بَعِيرٍ وَأَخَذَ مِنْهُ وَبرةً، ثُمَّ قَالَ: «أَمَا إِنِّي لاَ يَحِلُّ لِي مِنْ غَنِيمَتِكُم، وَلَوْ بِمِثْلِ هَذِه الوَبَرَةِ إِلاَّ الخُمُسَ، والخُمُسُ مَرْدُودٌ فِيكُمْ، رُدُّوا الخَيْطَ، وَالمَخِيطَ،فَإِنَّ الغُلُولَ عَارٌ وَشَنَارٌ عَلَى صَاحِبِهِ إِلَىٰ يَوْمِ القِيَامَةِ»[3]، فجاء أعرابيٌ بكبة من شعر،

(١) في أ: والدرة.

(٢) في أ: والمفرز.

(٣) قلت ورد من حديث عبادة بن الصامت والعرباض بن سارية وعبد الله بن عمرو بن العاص.
حديث عبادة.
أخرجه أحمد (٥/ ٣١٨) والنسائي (٧/ ١٣١) كتاب قسم الفيء وابن حبان (١٦٩٣ ـ موارد) من طريق سليمان بن موسى عن مكحول عن أبي سلام عن أبي أمامة عن عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ قال: «أدوا الخيط والمخيط وإياكم والغلول فإنه عار على أهله يوم القيامة» هكذا رواه من هذا الوجه مختصراً.
وأخرجه أحمد (٥/ ٣١٦) من طريق إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله عن أبي سلام عن المقدام بن معد يكرب الكندي أنه جلس مع عبادة بن الصامت وأبي الدرداء والحارث بن معاوية الكندي فتذاكروا حديث رسول الله ﷺ فقال أبو الدرداء لعبادة يا عبادة كلمات رسول الله ﷺ في غزوة كذا في شأن الأخماس، فقال عبادة: إن رسول الله ﷺ صلى بهم إلى بعير من المغنم فلما سلم قام فتناول وبرة بين أنملته فقال: إن هذه من غنائمكم، وإنه ليس لي فيها إلا نصيبي معكم إلا الخمس والخمس مردود عليكم فأدوا الخيط والمخيط وأكبر من ذلك وأصغر ولا تغلوا فإن الغلول نار وعار على أصحابه في الدنيا والآخرة». . . الحديث وأبو بكر بن عبد الله هو ابن أبي مريم.
وحديث العرباض بن سارية.
أخرجه أحمد (٤/ ١٢٧ ـ ١٢٨) وللبزار كشف الأستار (٢/ ٢٩١): كتاب الجهاد ـ باب ما جاء في الغلول ـ حديث (١٧٣٤) والطبراني في الكبير (١٨) رقم (٦٤٩) ثنا أبو عاصم ثنا وهب أبو خالد قال حدثتني أم حبيبة بنت العرباض عن أبيها «أن رسول الله ﷺ كان يأخذ الوبرة من فيء الله عز وجل فيقول ما لي من هذا إلا مثل ما لأحدكم إلا الخمس وهو مردود فيكم فأدوا الخيط والمخيط فما فوقها وإياكم والغلول فإنه عار وشنار على صاحبه يوم القيامة».
وقال الهيثمي: رواه أحمد والبزار والطبراني وفيه أم حبيبة بنت العرباض ولم أجد من وثقها ولا جرحها وبقية رجاله ثقات.
وحديث عبد الله بن عمرو.
أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع (٥/ ٣٤٢) عنه «أن رسول الله ﷺ قال وهو بالجعرانة أثناء =

فقال: أخذتها لأصلح بها بَرْذَعَةَ بَعِيري يَا رسُولَ اللهِ، فقال: أَمَّا نَصِيبي فَهُوَ لَكَ [وسأسأل لك الاقي][١] البَاقِي[٢]، وهذا هبة المشاع فيما يقسم، وروي أن رسول الله ﷺ [لما قدم المدينة][٣] نزل على أبي أيوب الأنصاري - رضي الله عنه - فنظر إلى موضع المسجد، فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه، فاستباع أسعد نصيبها ليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلمَ فأَبَيَا ذلك، فوهب أسعد نصيبه من النبيِّ عليه الصلاة والسلام - فوهبا أيضاً نصيبهما من رسول اللهِ صلى الله عليه وسلم، فقد قبل النبيُّ عليه الصلاة والسلامَ الهبةَ في نصيب أسعد، وقبل في نصيب الرجلين أيضاً، ولو لم يكن جائزاً لما قَبِلَ، لأن أدنى حال فعل النبي - عليه الصلاة والسلام - الجواز، ولأن الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه؛ لأن حكم الهبة الملك، والشياع لا يمنع الملك.

ألا ترى أنه يجوز بيع المشاع؛ وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم، وشرطه هو القبض، والشيوع لا يمنع القبض؛ لأنه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل؛ ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم، وَإن كان القبض فيها شرطاً لثبوت الملك؛ كذا هذا.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي أن سيدنا أبا بكر - رضي الله عنه - قال في مرضِ موتِهِ لسيدتنا عائشة رضي الله عنها: «إنَّ أَحَبَّ الناس إليّ غنى أنت، وأعزهم علي فقراً أنتِ، وإنى كنتُ نحلتُك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية، وأنَّكِ لم تكوني قبضتِيهِ ولا جذيتيه، وإنَّمَا هواليوم مالُ الوارثِ، اعتبر سيدنا الصديق رضي الله عنه القبض والقسمة[٤] في الهبة لثبوت الملك؛ لأن الحيازة في اللغة جمعُ الشيء المفرق في حيز، وهذا معنى القسمة؛ لأن الأنصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة، والقسمة تجمع كل نصيب في حيز.

وروي عن سيدنا عمر - رضي الله عنه قال: ما بالُ أحدكم ينحل ولده نحلاً لا يحوزها ولا يقسمها، ويقول إنْ مت فهو له، وإن مات رجعت إليَّ، وأيم الله، لا ينحل أحدُكم وَلَدَه

= حديث ردوا الخياط والمخيط فإن الغلول عار ونار وشنار على أهله يوم القيامة».

وأخرجه أبو داود (٢/ ٦٩ - ٧٠) كتاب الجهاد: باب في فداء الأسير بالمال حديث (٢٦٩٤) والنسائي (٦/ ٢٦٢ - ٢٦٣) وأحمد (٢/ ١٨٤) والبيهقي (٦/ ٣٣٦ - ٣٣٧) وفي «دلائل النبوة» (٥/ ١٩٤ - ١٩٥) مطولاً من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وفيه: فأدوا الخيط والمخيط فإن الغلول يكون على صاحبه عاراً وناراً وشناراً يوم القيامة.

وأخرجه مالك (٢/ ٤٥٧ - ٤٥٨) كتاب الجهاد: باب ما جاء في الغلول حديث (٢٢) من طريق عبد الرحمن بن سعيد عن عمرو بن شعيب مرسلاً.

(١) في ط: وسأسلمك.
(٢) ينظر تخريج الحديث السابق.
(٣) سقط من ط.
(٤) في ط: والقيمة.

نحلى لا يحوزها ولا يقسمها فيموت إلا جعلتها ميراثاً لورثته[1]، والمراد من الحيازة القبض هنا، لأنه ذكرها بمقابلة القسمة؛ حتى لا يؤدي إلى التكرار، أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة.

وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: مَنْ وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يحوز ما لم يقاسم، وكلُّ ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقلْ أنه أنكر عليهم منكرٌ، فيكون إجماعاً.

ولأن القبض شرط جواز هذا العقد، والشيوع يمنع من/القبض؛ لأن معنى القبض ٣/١٨٩ب هوالتمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، فإن سكنى نصف الدار شائعاً، ، ولبس نصف الثوب شائعاً محال، ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل؛ لأن العقد لم يتناول الكل.

وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم أن معنى القبض هناك لم يوجد؛ لما قلنا. إلا أن هناك ضرورة؛ لأنه يحتاج إلى هبة بعضه، ولا حكم للهبة بدون القبض؛ والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف، ولا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة؛ لعدم احتمال القسمة؛ فمست الضرورة إلى الجواز، وإقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ولا ضرورة هنا؛ لأن المحل محتمل للقسمة؛ فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة، أو نقول الصحابة ـ رضي الله عنهم شرطوا القبض المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، وقبض المتاع قبض قاصر، لوجوده من حيث الصورة دون المعنى؛ على ما بينا، إلا أنه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة؛ للضرورة التي ذكرنا، ولا ضرورة هنا، فلزم اعتبار الكمال في القبض، ولا يوجد في المشاع؛ ولأن الهبة عقدُ تبرع، فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان؛ لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة، فيلزمه ضمان القسمة، فيؤدي إلى تغيير المشروع؛ ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض، لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم، فيؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع، وفيه تغيير المشروع؛ كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن هناك لا يتصور إيجاب الضمان على المتبرع؛ لأن الضمان ضمان القسمة. والمحل لا يحتمل القسمة، فهو الفرق..

وأما الآية فلا حجة له فيها، لأن المراد من المفروض الدين لا العين؛ ألا ترى أنه قال: ﴿إِلاَّ أَنْ يَعْفُونَ﴾ [البقرة:٢٣٧] والعفو إسقاط، وإسقاط الأعيان لا يعقل؛ وكذا الغالب في

(١) أخرجه عبد الرزاق (٩/ ١٠٢) كتاب الوصايا، باب: «النحل»، حديث (١٦٥٠٩). وإسناده صحيح إلى عمر ـ رضي الله عنه.

المهر[١] أن يكون دَيْناً، وهبة الدين ممن عليه الدين جائز؛ لأنه إسقاط الدين عنه، وأنه جائز في المشاع.

وأما حديث الكبة، فيحتمل أن [يكون][٢] النبيّ ـ صلى الله عليه وسلم ـ وهب نصيبه منه، واستوهب البقية من أصحاب الحقوق، فوهبوا وسلموا الكل جملة، وفي الحديث ما يدُل عليه؛ فإنه قال: قال رسولُ الله ﷺ «وسأسأل لك[٣] البَاقِيَ» وما كان هو ـ عليه الصلاة والسلام ـ ليخلف في وعده، وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا؛ على أن ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى، لأن كبة واحدة لو قسمت على الجم الغفير، لا يصيب كل واحد[٤] منهم إلا نزر حقير لا ينتفع به، فكان في معنى مشاع لا ينقسم.

وأما حديث أسعد بن زرارة، فحكايةُ حال، يحتمل أنه وهب نصيبه وشريكاه وَهَبَا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة، وهذا جائز عندنا، ويحتمل أن الأنصباء كانت مقسومة مفرزة، ويجوز أن يقال في مثل هذا بينهم إذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض؛ كقرية بين جماعة أنها تضاف إليهم؛ وإن كانت أنصباؤهم مقسومة، واحتمل بخلافه، فلا يكون حجة مع الاحتمال؛ لأن حكاية الحال لا عموم له.

ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له، جاز؛ لأن هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة، والقبض بعد القسمة هو الصحيح، إذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه، وهو الملك، ولا سائر الشرائط إلا القبض الممكن من التصرف، فإذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ، فينفذ، وحديث الصديق ـ رضي الله عنه ـ لا يدل عليه، فإنه قال لسيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ: «إني كنتُ نحلتُكِ جداد عشرين وسقاً من مالي»، وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم؛ لأن النحل من ألفاظ الهبة، ولو لم ينعقد لما فعله الصديقُ رضي الله عنه لأنه ما كان ليعقد عقداً باطلاً، فدّل قولُ الصديق ـ رضي الله عنه ـ على انعقاد العقد في نفسه، وتوقف حكمه على القسمة والقبض، وهو[٥] عين مذهبنا، والله أعلم.

وكذلك لو وهب نصف داره من رجلٍ ولم يسلم إليه، ثم وهب منه النصف الآخر وسلم إليه [جملة جاز][٦]؛ لما قلنا.

ولو وهب منه نصف الدار وسلَّم إليه بتخلية الكل، ثم وهب منه النصف الآخر وسلم، لم تجز الهبة؛ لأن كل واحد منهما هبة المشاع، وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ إلا بالقسمة

---

(١) في أ: في الجملة.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ط: وسأسلمك.
(٤) في ط: كلاً.
(٥) في أ: وهذا.
(٦) في أ: الكل فهذا جائز.

والتسليم، ويستوي فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريكه، كل ذلك [لا][(١)] يجوز؛ لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا تجوز الهبة إلاَّ مقسومة[(٢)] محوزة من غير فصلٍ؛ ولأن المانع هو الشياع عند القبض، وقد وجد، وعلى هذا الخلاف صدقه المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا؛ خلافاً للشافعي رحمه الله.

وجه قوله إن الشياع لا يمنع حكم التصرف، وهو الملك، ولا شرطه وهو القبض، ولا يمنع جوازه كالمفروض.

ولنا: أن القبض شرط جواز الصدقة، ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع، أو لا يتكامل فيه؛ لما بينا في الهبة، ولأن التصدق تبرعٌ كالهبة، وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان، فيتغير المشروع، على ما بينا في الهبة.

ولو وهب شيئاً ينقسم من رجلين؛ كالدار والدراهم والدنانير ونحوها، وقبضاه، لم يجز عند أبي حنيفة، وجاز عند أبي يوسف ومحمد، وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيئاً ينقسم وقبضه؛ أنه يجوز، فأبو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض، وهما يعتبرانه أنه عند العقد والقبض جميعاً، فلم يجوِّز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين؛ لوجود الشياع وقت القبض، وهما جَوَّزاها لأنه لم يوجد الشياع في الحالين، بل وجد أحدهما دون الآخر، وجوزوا هبة الاثنين من واحد.

أما أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيوع في وقت القبض، وأما هما فلانعدامه في الحالين؛ لأنه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض، ومدار الخلاف بينهم على حرف، وهو أن هبة الدار من رجلين تمليك كل الدار [لهما][(٣)] جملة، أو تمليك [النصف][(٤)] من أحدهما والنصف من الآخر،[فعند أبي حنيفة تمليك النصف من أحدهما، والنصف من الآخر،][(٥)] فيكون هبة المشاع فيما ينقسم؛ كأنه أفرد تمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة، وعندهما هي تمليك الكل منهما، لا تمليك النصف من هذا والنصف من ذلك، فلا يكون تمليك الشائع، فيجوز.

وجه قولهما إن العمل بموجب الصيغة هو الأصل، وذلك فيما قلنا؛ لأن قوله: وهبت هذه الدار لكما[(٦)] هبة، كل الدار جملة منهما، لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر؛

---

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: مقبوضة.
(٣) سقط من ط.
(٤) سقط من ط.
(٥) بدل ما بين المعكوفين في أ: فعنده أنها تمليك النصف من كل واحد.
(٦) في ط: كلها.

لأن ذلك توزيع وتفريق، واللفظ لا يدل عليه، ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغةً إلا لضرورة الصحة، وفي العدول عن ظاهر الصيغة هٰهنا فساد العقد، بسبب الشيوع، فوجب العمل بظاهر الصيغة؛ وهو تمليك الكل منهما، وموجب التمليك منها ثبوت الملك لهما في الكل، وإنما يثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام؛ ضرورة المزاحمة، واستوائهما في الاستحقاق؛ إذ ليس كل واحد منهما أَوْلَى من الاخر؛ لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء؛ كالأخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة؛ أن الميراث يكون بينهما نصفين، وإن كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال، حتى لو انفرد أحدُهما يستحق كل المال، وإذا جاءت المزاحمة مع المساواة في الاستحقاق، يثبت عند انقسام الميراث في النصف.

وكذا الشفيعان يثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة؛ لضرورة المزاحمة والاستواء في الاستحقاق، وَإن كان السبب في حق كل واحد منهما صالحاً لإثبات حق الشفعة في الكل، حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر.

وعلى هذا مسائلُ، فلم يكنِ الانقسام على التناصف موجب الصيغة، بل لتضايق المحل؛ لهذا جاز الرهن من رجلين، فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال؛ إذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز؛ لأنه يكون رهن المشاع، لهذا لو قضى الراهن دين أحدهما كان للآخر [حق][1] حبس الكل، دَلَّ أن ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا. ٣/١٩٠ب

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن هذا تمليك مضاف إلى الشائع، فلا يجوز؛ كَمَا إذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة، والدليل على أن هذا تمليك مضاف إلى الشائع ـ أن قوله «وهبت هذه الدار منكما»؛ إما أن يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما، وإما أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الأخر، لا سبيل إلى الأول؛ لأن الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال، والمحال، لا يكون موجب العقد، فتعين الثاني؛ وهو أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر؛ لهذا لم يملك كل [واحد][2] منهما التصرف في كل الدار، بل في نصفها.

ولو كان كل الدار مملوكاً لكل واحد منهما لملك؛ وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالتهايؤ أو بالقسمة؛ وهذا آية ثبوت الملك له في النصف، وإذا كان هذا تمليك الدار

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

لهما على التناصف، كان تمليكاً مضافاً إلى الشائع؛ كأنه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف، والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مَرّ، وقد خرج الجواب عن قولهما إن موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال؛ لما ذكرنا أن هذا محالٌ، والمحالُ لا يكون موجب العقد، ولا العاقد بعقده يقصد أمراً محالاً أيضاً، فكان موجب العقد التمليك منهما على التناصف؛ لأن هذا تمليكُ الدار منهما، فكان عملاً بموجبِ الصيغةِ من غير إحالةٍ، فكان أَوْلَى، بخلاف الرهن؛ فإن الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما؛ لأن الرهن هو الحبس، واجتماعهما على الحبس متصورٌ؛ بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدي عدلٍ، فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما، وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك، فهو الفرق، وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ إذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم إلى كل واحد منهما، جاز؛ لأن المانع هو الشيوع عند القبض، وقد زال.

هذا إذا وهب من رجلين شيئاً مما يقسم، فإن كان مما لا يقسم، جاز بالإجماع؛ لما ذكرنا فيما تقدم، ثم على أصلهما إذا قال لرجلين: وهبت لكما هذه الدار؛ لهذا نصفها ولهذا نصفها ـ جاز؛ لأن قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خَرَجَ تفسيراً للحكم الثابت بالعقد؛ إذ لا يمكن جعله تفسيراً لنفس العقد؛ [لأن العقد][1] وقع تمليك الدار جملة منهما؛ على ما بينا، فجعل تفسيراً لحكمه، فلا يوجب ذلك إشاعة في العقد.

ولو قال: وهبت لك نصفها ولهذا نصفها، لم يجز؛ لأن الشيوع دخل على نفس العقد، فمنع الجواز.

وَلَوْ قال: وهبت لكما هذه الدار؛ ثلثها لهذا وثلثاها لهذا، لم يجز عند أبي يوسف، وجاز عند محمد.

وجه قول محمد أن العقد متى جاز لاثنين يستوي فيه التساوي والتفاضل؛ كعقد البيع.

وجه قول أبي يوسف أن الجواز عند التساوي بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد؛ وذلك لا يوجب شيوعاً في العقد، ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تَعَذَّرَ جعله تفسيراً؛ لأن مطلق العقد لا يحتمل التفاضل، فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى إفراد العقد لكل واحد منهما، فكان هبة المشاع، والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع.

ولو رهن من رجلين لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه، أو نصفه لهذا ونصفه لذلك على التفاضل والتناصف، لا يجوز بالإجماع؛ بخلاف ما إذا أبهم؛ بأن قال وهبت منكما؛ أنه يجوز.

---

(١) في أ: بل.

ولو وهب من فقيرين شيئاً ينقسم، فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما؛ لأن الهبة من الفقير صدقة؛ لأنه يبتغي بها وجه الله تعالى، وسنذكر حكمها إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر، والثمر دون الشجر، والأرض دون الزرع، والزرع دون الأرض، أنها غير جائزة؛ لأن الموهوبَ مُتَّصِلٌ بما ليس بموهوب اتصالَ جزءٍ بجزءٍ، فكان كهبة المشاع، ولو فصل وسلم، جاز كما في هبة المشاع، ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فإن كانا غنيين، لم يجز عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما، لأنَّ التصدق على الغني هبة[1] في الحقيقة، والهبة من اثنين لا تجوز، وعندهما جائزة، وإن كانا فقيرين فعندهما تجوز؛ كما تجوز في الهبة من رجلين/ وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان، في «كتاب الهبة»: لا يجوز، وفي «الجامع الصغير»: يجوز. ٣/ ١٩١أ

وجه رواية «كتاب الهبة» أن الشياع كما يمنع جواز الهبة يَمْنَعُ جواز الصدقة، على ما ذكرنا فيما تقدم، وههنا يتحقق الشيوع في القبض.

وجه رواية الجامع وهي الصحيحة أن معنى الشيوع في القبض لا يتحقق في الصدقة على فقيرين؛ لأن المتصدق يتقرب بالصدقة إلى الله ـ عزَّ وجلَّ ـ، ثم الفقير يقبض من الله تعالى؛ قال الله تبارك وتعالى: ﴿أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ﴾ [التوبة:١٠٤] وقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: الصَّدَقَةُ تَقَعُ في يَدِ الرَّحْمَن قَبْلَ أَنْ تَقَعَ فِي يَدِ الفَقِيرِ»[2] والله تعالى واحدٌ لا شريك له، فلا يتحقق معنى الشيوع، كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين؛ بخلاف التصدق على غنيين؛ لأن الصدقةَ على الغني [يبتغي بها وجه الغني][3]، فكانت هدية [في الحقيقة][4] لا صدقة، قال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: الصَّدَقَةُ يُبْتَغَى بِهَا وَجْهُ اللهِ تَعَالَى وَالدَّارُ الآخِرَةُ، والهَدِيَّةُ يُبْتَغَى بِهَا وَجْهُ الرَّسُولِ» وقضاء الحاجة، والهدية هبة، فيتحقق معنى الشيوع في القبض، وأنه مانع من الجواز عنده.

ومنها القبض؛ وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً، وإن شئت رددت هذا الشرط إلى

---

(١) في ط: ميتة.

(٢) ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٣/ ٢٧٥)، وعزاه إلى ابن المنذر وابن أبي حاتم وأبي الشيخ وابن مردويه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «والذي نفسي بيده ما من عبد يتصدق بصدقة طيبة من كسب طيب ـ ولا يقبل الله إلا طيباً ـ ولا يصعد إلى السماء إلا طيب ـ فيضعها في حق إلا كانت كأنما يضعها في يد الرحمن فيربيها له كما يربي أحدكم فلوه أو فصيله، حتى أن اللقمة أو التمرة لتأتي يوم القيامة مثل الجبل العظيم، وتصديق ذلك من كتاب الله العظيم: ﴿ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات﴾.

وذكره أيضاً من حديث ابن عباس بنحوه، وعزاه إلى الدارقطني في الافراد.

(٣) في أ: لا يبتغي بها وجه الله.

(٤) سقط من ط.

الموهوب له؛ لأن القابض والمقبوض من الأسماء الإضافية، والعلقة التي تدور عليها الإضافة من الجانبين هي القبض، فيصح رده إلى كل واحدٍ منهما في صناعة الترتيب، فتأمل.

والكلام في هذا الشرط في موضعين: في بيان أصل القبض؛ أنه شرطٌ أم لا، وفي بيان شرائط صحة القبض.

أما الأول: فقد اختلف فيه، قال عَامَّةُ العلماءِ: شرطٌ، والموهوب قبل القبض على ملك الواهب؛ يتصرف فيه كيف شاء، وقال مالِكٌ ـ رحمه الله ـ: ليس بشرط، ويملكه الموهوب له من غيرِ قبضٍ.

وجه قوله إن هذا عقد تبرع بتمليك العين، فيفيد الملك قبل القبض؛ كالوصية، ولنا إجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ وَهُو ما روينا أن سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر ـ رضي الله عنهما ـ اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحلى بحضرة الصحابة، ولم يُنْقَلْ أنه أنكر عليهما مُنْكِرٌ، فيكون إجماعاً.

وروي عن سيدنا أبي بكر، وسيدنا عمر، وسيدنا عثمان، وسيدنا علي، وابن عباس ـ رضي الله عنهم ـ أنهم قالوا: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة[١] ولم يرد عن غيرهم خلافُهُ؛ ولأنها عقدُ تبرع، فلو صحت بدونَ القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان، وهذا تغيير المشروع؛ بخلاف الوصية، لأنه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها؛ إذ لا مطالبة قبل المتبرع، وهو الموصي؛ لأنه ميت؛ وكذلك القبض شرط جواز الصدقة، لا يملك قبل القبضِ عِند عامة العلماء.

وقال ابن أبي ليلى وغيرُهُ من أهلِ الكوفة: ليس بشرط، وتجوز الصدقة إذا أعلمت[٢]، وإن لم تقبض، ولا تجوز الهبة ولا النحلى إلا مقبوضة[٣]، واحتجوا بما روي عن سيدنا عمر، وسيدنا علي ـ رضي الله عنهما ـ قالا: إذا أعلمت الصَدقة جازت من غَيْرِ شرطِ القبض.

ولنا: ما رُوِيَ عَنْ رَسُولِ الله ﷺ أَنَّهُ قَالَ خَبَراً عَنِ اللهِ سُبحَانَهُ وتَعَالَى: «يَا ابْنَ آدَمَ، تَقُولُ مَالِي مَالِي، وَلَيْسَ لَكَ مِنْ مَالِكَ إلاَّ مَا أَكَلْتَ فَأَفْنَيْتَ أَوْ لَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ أَوْ تَصَدَّقْتَ فَأَبْقَيْتَ»[٤] اعتبر الله ـ سبحانه وتعالى ـ الإمضاء في الصدقة، والإمضاء هو التسليمُ، دَلَّ أنه شرطٌ.

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) في أ: مقسومة.

(٣) في أ: فأمضيت.

(٤) أخرجه مسلم (٤/ ٢٢٧٣) كتاب «الزهد والرقائق»: باب رقم (٣/ ٢٩٥٨)، والترمذي ٥٦/ ٤٤٧ كتاب تفسير القرآن: باب «ومن سورة التكاثر» رقم (٣٣٥٤)، (٤/ ٥٧٢) كتاب الزهد: باب «مسنه» رقم (٢٣٤٢)، والنسائي (٦/ ٢٣٨) كتاب «الوصايا» باب: «الكراهية في تأخير الوصية» رقم (٣٦١٣)، وأحمد (٤/ ٢٤)، وأبو نعيم في «الحلية» (٢/ ٢١١).
وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. =

وروي عن سيدنا أبي بكر، وسيدنا عمر، وابن عباس، ومعاذ بن جبل ـ رضي الله عنهم ـ أنهم قالوا: لا تتم الصدقةُ الا بالقبض، ولأن التصدق عقد تبرع، فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة.

وما روي عن سيدنا عمر، وسيدنا علي ـ رضي الله عنهما ـ محمولٌ على صدقة الأب على ابنه الصغير، وبه نقول لا حاجة هناك إلى القبض، حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل، صياناً: لها عن التناقض.

(والثاني)[1]: شرائط صحة القبض فانواع:

منها: أن يكون القبض بإذن المالك؛ لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في «باب البيع»، حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد الثمن، كان للبائع حق/ الاسترداد، فلأن يكون في الهبة، أوْلَى؛ لأن البيع يصح بدون القبض، والهبة لا صحة لها بدون القبض، فلما كان الإذن بالقبض شرطاً لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته على القبض أَوْلَى؛ وَلأن القبض في باب الهبة يشبه الركن، وَإن لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبه القبول في «باب البيع»، ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه، فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضاً، والإذن نوعان: صريحٌ، ودلالةٌ.

٣/١٩١ب

أما الصريحُ فنحو أن يقول: اقبض، أو أذنت لك بالقبض، أو رضيت، وما يجري هذا المجرى، فيجوز قبضه، سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته، استحساناً، والقياسُ أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس، وهو قول زفر ـ رحمه الله؛ لأن القبض عنده ركنٌ بمنزلة القبولِ على أحد قوليه، فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس؛ كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق، وإن كان بإذن الواهب؛ كالقبول في «باب البيع».

وجه الاستحسانِ ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلمَ حُمِلَ إِلَيْهِ سِتُّ بَدَنَاتٍ فَجَعَلْنَ يَزْدَلِفْنَ إِلَيْهِ، فَقَامَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ فَنَحَرَهُنَّ بِيَدِهِ الشَّرِيفَةِ، وَقَال: «مَنْ شَاءَ فَلْيَقْطَعْ» وَانْصَرَفَ[2] فقد أذن لهم رسولُ الله ـ ﷺ ـ بالقبض بعد الافتراق، حيث أذن لهم بالقطع، فَدَلَّ على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق؛ ولأن الإذن بقبض الموهوب صريحاً بمنزلة إذن البائع بقبض المبيع، وذلك يعمل بعد الافتراق؛ كذا هذا.

= وفي الباب من حديث أبي هريرة رضي الله عنه نحوه: أخرجه مسلم (٤/ ٢٢٧٣) كتاب الزهد والرقائق: «باب» رقم (٤/ ٢٩٥٩)، والبيهقي (٣/ ٣٦٩) كتاب الجنائز: باب: «ما ينبغي لكل مسلم أن يستعمله من قعر الأمل، وابن حبان في «صحيحه» (٨/ ٣٥، ٣٦) كتاب الزكاة: باب «ما جاء في الحرص وما يتعلق به» رقم (٣٢٤٤).

(١) في أ: وأما.

(٢) في أ: يردهن.

(٣) تقدم.

وَأما الدِّلاَلَةُ فهي أن يقبض الموهوب له العين في المجلس، ولا ينهاه الواهب، فيجوز قبضه استحساناً، والقياس أن لا يجوز، كما لا يجوز بعد الافتراق، وهو قول زفر، وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات.

ولو قبض المشتري المبيع بيعاً جائزاً بحضرة البائع قبل نقد الثمن، لم يجز قبضُهُ؛ قياساً واستحساناً، حتى كان له أن يسترد، وفي البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي - رحمهما الله، ذكرناهما في البيوع.

وجه القياس: أن القبض ركن في الهبة؛ كالقبول فيها، فلا يجوز من غير إذن؛ كالقبول[1] (في) باب البيع.

وجه الاستحسان: أنّ الإذنَ بالقبض وجد من طريق الدلالة؛ لأن الإقدام على إيجاب الهبة إذنٌ بالقبض، لأنه دليلُ قصد التمليك، ولا ثبوت للملك إلا بالقبض، فكان الإقدام على الإيجاب إذناً بالقبض؛ دلالةً، والثابت دلالةً كالثابت نَصًّا، بخلاف ما بعد الافتراق، لأن الإقدام دلالة الإذن بالقبض في المجلس، لا بعد الافتراق؛ ولأن للقبض في باب الهبة شبهاً بالركن، فيشبه القبول في باب البيع، وإيجاب البيع يكون إذناً بالقبول في المجلس، لا بعد الافتراق، فكذا إيجاب الهبة يكون إذناً بالقبض [في المجلس][2]، لا بعد الافتراق.

ولو وهب شيئاً مُتَّصِلاً بغيره مما لا تقع عليه الهبة؛ كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر، أو الشجر دون الأرض، أو حلية السيف دون السيف، أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم؛ وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه إلا بالفصل والقبض، ففصل وقبض.

فإن قبض بغير إذن الواهب لم يجز القبض، سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهبِ أو بغير حضرته؛ ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للإذن الثابت دلالة الإيجاب، ولم يوجد هٰهنا، لأن الإيجاب لم يقع صحيحاً حين[3] وجوده، فلا يصح الاستدلالُ على الإذن بالقبض، وَإن قبض بإذنه يجوز استحساناً، والقياس أن لا يجوز، وهو قولُ زفر، بناءً على أن العقد إذا وقع فاسداً من حين[4] وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحالٍ؛ لاستحالة انقلاب الفاسدِ جائزاً، وعندنا يحتمل الجواز بإسقاط المفسد مقصوراً على الحال، أو من حين وجود العقد بطريق البيان، على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في «كتاب البيع»؛ وكذلك

---

(١) في ط: الواهب.
(٢) في ط: من.
(٣) سقط من ط.
(٤) في أ: عند.

إذا وهب ديناً له على إنسان لآخر؛ أنه إن قبض الموهوب له بإذن الواهب صريحاً، جاز قبضه استحساناً، والقياس أن لا يجوز، وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم، وإن قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك/ لا يجوز قياساً واستحساناً، فرق بين العين والدين. ٣/١٩٢أ

ووجه الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالإذن لكون الإيجاب فيها دلالةَ الإذن بالقبض؛ لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له، وإيجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين ـ لا تصح[1] دلالة الإذن بقبضه، لأن دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلاَّ بالتصريح بالإذن بالقبض؛ لأنه إذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب، فيصير بقبض العين قابضاً للواهب أولاً، ويصير المقبوض ملكاً له أولاً، ثم يصير قابضاً لنفسه من الواهب، فيصير الواهب على هذا التقدير الذي ذكرنا واهباً ملك نفسه، والموهوب له قابضاً ملك الواهب، فصحتِ الهبةُ والقبض، وَإذا لم يصرح بالإذن بالقبض، بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه [الدين][2]، فلم تصح الهبةُ فيه، فلا يجوز قبض الموهوب له، فهو الفرق بين الفصلين.

ومنها: أن لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب، لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب داراً فيها متاع الواهب، وسلم الدار إليه، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع؛ فإنه لا يجوز؛ لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض، ولم يوجد.

قيل الحيلةُ في صحة التسليم أن يودِع الواهب المتاع عند الموهوب له أولاً، ويخلى بينه وبين المتاع، ثم يسلم الدار إليه، فتجوز الهبةُ فيها؛ لأنها مشغولةٌ بمتاع هو في يد الموهوب له، وفي هذه الحيلةِ إشكالٌ، وهو أن يَدَ المودع يد المودع معنى، فكانت يَدُهُ قائمة على المتاع، فتمنع صحة التسليم.

وَلَوْ أَخْرَجَ المتاع من الدار ثم سلم فارغاً، جاز، وينظر إلى حال القبض، لا إلى حال العقد؛ لأن المانع من النفاذ قد زال، فينفذ كما في هبة المشاع.

ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخَلَّىٰ بينه وبين المتاع، جازت الهبةُ؛ لأن المتاعَ لا يكون مشغولاً بالدار، والدار تكون مشغولة بالمتاع؛ لهذا افترقا، فيصح تسليم المتاع، ولا يصحُ تسليمُ الدارِ.

ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها، فوهبهما جميعاً صفقة واحدة،

---

(١) في أ: لا تصلح.

(٢) سقط من ط.

وَخَلَّىٰ بينه وبينهما، جازت الهبة فيهما جميعاً؛ لأن التسليم قد صَحَّ فيهما جميعاً، فإن فرق بينهما في الهبة، بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر، فهذا لا يخلو إما إن جمع بينهما في التسليم، وَإما إن فرق، فإن جمع جازتِ الهبة فيهما جميعاً، وَإن فرق بأن وهب أحدهما وسلم، ثم وهب الآخر وسلم، نظر في ذلك، وروعي فيه الترتيب، إن قدم هبة الدار، فالهبة في الدار لم تجز؛ لأنها مشغولةٌ بالمتاع، فلم يصح تسليم الدار، وجازت في المتاع، لأنه غير مشغول بالدار، فيصح تسليمه، ولو قدم هبة المتاع، جازتِ الهبة فيهما جميعاً.

أما في المتاع، فلأنه غيرُ مشغولٍ بالدار، فيصح تسليمه، وأما في الدار؛ فلأنها وَقْتَ التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب، فلا يمنع صحة القبض.

وعلى هذ الأصلَ أيضاً يَخرج ما إذا وهب جاريةً واستثنى ما في بطنها، أو حيواناً واستثنى ما في بطنه؛ أنه لا يجوز؛ لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره، وأنها غير جائزة؛ لأنه لا جواز لها بدون القبض، وكون الموهوب مشغولاً بغيره يَمْنَعُ صحةَ القبضِ.

ولو أعتق ما في بطن جاريته، ثم وهب الأم ـ يجوز، وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته، لا يجوز، منهم مَنْ قال في المسألة روايتان: وجه رواية عدم الجواز أنَّ الموهوب مشغولٌ بما ليس بموهوب، فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب.

وجه رواية الجواز وهي رواية الكرخي أن حريةَ الجنين تجعله مستثنى من العقد، لأن حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله إياه ظاهراً، وهذا معنى الاستثناء، ولو استثناه لفظاً جازت الهبة في الأم؛ فكذا إذا كان مستثنى في[1] المعنى.

ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة، وفرق بين الإعتاق والتدبير.

ووجه/ الفرق أن المدبر مال المولى، فإذا وهب الأم فقد وهب ما هو مشغول بمال ٣/١٩٢ب الواهب، فلم يجز، كهبة دار فيها متاع الواهب، وأما الحر فليس بمالٍ، فصار كما لو وهب داراً فيها حر جالس، وذا لا يمنع جواز الهبة، كذا هذا.

ومنها: أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء؛ لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور، وغيره ليس بموهوب، فكان هذا في معنى المشاع، وَعَلىٰ هذا يخرج مَا إذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع، أو شجراً عليها ثمر دون الثمر، أو وهب الزرع دون الأرض، أو الثمر دون الشجر، وخلى بجزء بينه وبين الموهوب له ـ أنه لا يجوز؛ لأن الموهوب متصلٌ بما ليس بموهوب اتصالَ جزءٍ، فمنع صحة القبض.

(١) في أ: من حيث.

ولو جذ الثمر وحصد الزرع، ثم سلمه فارغاً، جاز؛ لأن المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك، قد زال.

ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعاً وسلم متفرقاً، جاز، ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل واحد منهما بعقد على حدة؛ بأن وهب الأرض ثم الزرع، أو الزرع ثم الأرض، فإن جمع بينهما في التسليم جازتِ الهبةُ فيهما جميعاً، وَإن فرق لا تجوز الهبةُ فيهما جميعاً، قدم أو أخر سواء؛ بخلاف الفصل الأول؛ لأن المانع من صحة القبض هنا الاتصال، وأنه لا يختلف، والمانع هناك الشغل، وأنه يختلف.

نظير هذا ما إذا وهب نصف الدار مشاعاً من رجل ولم يسلم إليه حتى وهب النصف الباقي منه، وسلم الكل ـ أنه يجوزُ.

ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم، لا يجوز، كذا هذا، وعلى هذا يخرج ما إذا وَهَبَ صوفاً على ظهر غنمٍ، أنه لا يجوز؛ لأن الموهوب متصلٌ بما ليس بموهوب، وهذا يمنع صحة القبض، ولو جزه وسلمه، جاز لزوال المانع، والله عزّ وجلّ ـ أعلم.

وعلى هذا إذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل، لا تجوز، ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغاً، جاز؛ لما قلنا، بخلاف هبة ما في بطن جاريته، أو ما في بطن غنمه، أو ما في ضرعها، أو هبة سمن في لبن، أو دهن في سمسم، أو زيت في زيتون، أو دقيق في حنطة ـ أنه يبطل.

وَإن سلطه على قبضه عند الولادة، أو عند استخراج ذلك؛ لأن الموهوب هناك ليس محل العقد؛ لكونه معدوماً [على ما ذكرنا فيما تقدم][1]؛ لهذا لم يجز بيعها، فلا تجوز هبتها، وهنا بخلافه؛ على ما تقدم.

ومنها: أهلية القبض وهي العقل، فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل، وأما البلوغ؛ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً، فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له، والقياس أن يكون شرطاً، ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً.

وجه القياس أن القبض من باب الولاية، ولا ولاية له على نفسه، فلا يجوز قبضه في الهبة؛ كما لا يجوز في البيع.

وجه الاستحسان أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة، فيملكه الصبيُّ العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله؛ وكذا الصبيةُ إذا عقلت، جاز قبضها لما قلنا.

---

(١) سقط من ط.

وكذلك الحريةُ ليست بشرطٍ، فيجوز قبض العبد المحجور عليه إذا وهب له هبة، ولا يجوز قبض المولى عنه، سواء كان على [العبد دين أو لا][1] فالقبض إلى العبد، والملك للمولى في المقبوض؛ لأن القبض من حقوق العقد، ، والعقدُ وقع للعبد، فكان القبض إليه، ولأن الأصل في بني آدم [هو][2] الحرية، والرقُّ لعارضٍ فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم، والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى، ولم يوجد، فبقي فيه على أصل الحرية والمقبوض [من][3] كسب العبد، وكسب العبد القن للمولى، وكذلك المكاتب إذا وهب له هبة، فالقبض إليه، ولا يجوز قبض المولى عنه؛ لما قلنا في القن، فإذا قبض المكاتب فهو أحق به، فلا يملكه المولى؛ لأن الهبة كسبه، والمكاتب أحق باكتسابه.

ومنها: الولاية في أحد نوعي القبض، وجملةُ الكلام فيه أن القبض نوعان: قبض بطريق الأصالة، وقبض بطريق النيابة.

أما القبض بطريق الأصالة: فهو أن يقبض بنفسه لنفسه، وشرط جوازه العقل فقط؛ على ما بينا.

وأما القبضُ بطريق النيابة؛ فالنيابةُ في القبض نوعان: نوعٌ يرجع إلى القابض، ونوعٌ يرجعُ إلى نفس/ القبض. ٣/١٩٣أ

أما الأول الذي يرجعُ إلى القابض؛ فهوالقبض للصبيِّ، وشرط جوازه الولاية بالحجر، والعيلة عند عدم الولاية، فيقبض للصبي وليه، أو من، كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي[4]، فيقبض له أبوه، ثم وصى أبيه بعده، ثم جده أبو ابيه بعد أبيه ووصيه، ثم وصي جده بعده، سواءِ كان الصبي في عيالِ هؤلاء أو لم يكن، فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم؛ لأن لهؤلاء ولاية عليهم، فيجوز قبضهم له، وإذا غاب أحدهم[5] غيبة منقطعة، جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لأنَّ التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير، فتنتقل الولاية إلى من يتلوه، وَإن كان دونه كما في ولاية الإنكاح، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحدٍ منهم، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرمٍ منه كالأخ والعم والأم ونحوهم، أو أجنبياً، لأنها ليس لغير هولاء ولاية التصرف في مَال الصَبي، فقيام ولاية التصرف لهم تمنع بثبوت حق القبض لغيرهم، فإن لم يَكُنْ أحدٌ من هؤلاء الأربعة، جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله، استحساناً، والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية.

---

(١) في أ: المولى دين أو لم يكن.
(٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.
(٤) في أ: الولاية.
(٥) في أ: أحد منهم.

ولا يجوز قبضُ من لم يكن في عياله، أجنبياً كان أو ذا رحمٍ منه؛ قياساً واستحساناً، وإنما كان كذلك لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية

ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة، وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة، فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي.

وأما من ليس في عياله، فلا ولاية له عليه أصلاً، فلا يجوز قبضه له كالأجنبي، والقبض للصبية إذا عقلت ولها زوج قد دَخَلَ بها زوجُها أيضاً؛ استحساناً؛ لأنها في عياله، لكن هذا إذا لم يكن أحد من هؤلاء، فأما عند وجود واحدٍ منهم فلا يجوز قبضُ الزوج، كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره.

وأما الثاني: الذي يَرْجِعُ إلى نفس القبض، فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة، سواء كان الموجود وقت العقد، مثل قبض الهبة أو أقوى منه؛ لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب؛ إذِ المتماثلان غير أن ينوب كلٌّ واحدٍ منهما مقام[1] صاحبه، ويسد مسده، فتثبت المناوبة مقتضى المماثلة، وإذا كان أقوى منه يؤخذ فيه المستحق وزيادة.

وبيان هذا في مسائل: إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عاريةً، فوهب منه، جازت الهبةُ، وصار قابضاً بنفس العقد، ووقع العقد والقبض معاً ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد؛ استحساناً، والقياس أن لا يصير قابضاً ما لم يجدد القبض، وهو أن يخلي بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد.

وَجْهُ القياسِ أَنَّ يَدَ المودع إن كانت يده صورة فهي يد المودع معنى، فكان المال في يده، فصار كأنه وهب له ما في يده، فلا بد من القبض بالتخلية.

وجه الاستحسان أن القبضين متماثلان؛ لأن كل واحد منهما قبض غير مضمون؛ إذ الهبة عقد تبرع، وكذا عقد الوديعة والعارية، فتماثل القبضان، فيتناوبان ضرورة، بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير؛ لأن قبضَهُمَا لا ينوب عن قبض البيع؛ لأنه قبض أمانة، وقبض البيع قبض ضمان، فلم يتماثل القبضان، بل الموجود أَدْنَىٰ من المستحق، فلم يتناوَبا.

ولو كان الموهوب في يده مغصوباً أو مقبوضاً ببيع فاسد، أو مقبوضاً على سوم الشراء؛ فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة؛ لوجود المستحق بالعقد، وهو أصل القبض وزيادة ضمان.

ولو كان الموهوب مرهوناً في يده؛ ذكر في «الجامع» أنه يصير قابضاً، وينوب قبض

---

(١) في أ: مناب.

الرهن عن قبض الهبة؛ لأن قبض الهبة أمانة، وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضاً، فيتماثلان، فناب أحدهما عن الآخر، ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان، فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة، والأقوى[1] ينوب عن الأدنى؛ لوجود الأدنى فيه وزيادة، وإذا صحتِ الهبةُ بالقبض/ بَطَلَ الرهن، ويرجع المرتهن بدينه على الراهن. ٣/١٩٣ب

وذكر الكرخي أنه لا يصير قابضاً حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة؛ لأن قَبْض الرهن وَإن كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه، فلا يحتمل الإبراء بالهبة؛ ليصير قبض أمانةٍ، فيتجالس القبضان، فيبقى قبض ضمان، فاختلف القبضان فلا يتناوبان، بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء؛ لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه، فيبرأ عنه بالهبة، ويبقى قبض بغير ضمان، فتماثل القبضان فيتناوبان.

وَلَوْ كَانَ مبيعاً قبل القبض فوهب من البائع، جازه، ولكن لا يكون هبة، بل يكون إقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع.

ولو بَاعَهُ مِنَ البائع قبل القبض، لا يجعل إقالة، بل يبطل أصلاً ورأساً، والفرقُ بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع.

ولو نحل ابنه الصغير شيئاً جاز، ويصير قابضاً له مع العقد؛ كما إذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن[2] لصيرورته قابضاً للصغير مع العقد، وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلى؛ لقولِهِ سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ الله يَأْمُرُ بِالعَدْلِ والإِحْسَانِ﴾ [النحل٩٠]

وأما كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف: العدلُ في ذلك أن يسوى بينهم في العطية، ولا يفضل الذكر على الأنثى.

وقال محمدٌ: العدلُ بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في المواريث؛ للذكر مثل حظ الأنثيين.

كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في «شرح مختصر الطَّحَاوِي».

وذكر محمد في «الموطأ»: ينبغي للرجل أن يسوي بين ولده في النحلى، ولا يفضل بعضهم على بعض، وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف، وهوالصحيح، لمَا رويَ أَنَّ بَشِيراً أَبَا النُّعْمَانِ أُتِيَ بِالنُّعْمَانِ إِلَىٰ رَسُولِ الله ﷺ فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلَاماً كَانَ

(١) في أ: والأعلى.
(٢) في أ: الصغير.

لي» فَقَال لَهُ رَسُولُ الله ﷺ «أَكُلّ[1] وَلَدَكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟ فَقَالَ: لاَ، فَقَال النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ ـ: «فَارْجِعْهُ»[2] وهذا إشارة إلى العدل بين الأولاد في النحلة؛ وهو التسوية بينهم،

---

(١) في ط: كل.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٥١) كتاب الأقضية: باب ما لا يجوز من الحل حديث (٣٩) والبخاري (٥/ ٢١١) كتاب الهبة: باب الهبة للولد حديث (٢٥٨٦) ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب الهبات: باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث (٩/ ١٦٢٣) والنسائي (٦/ ٢٥٨ ـ ٢٥٩) كتاب النحل: باب اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، والترمذي (٣/ ٦٤٩) كتاب الأحكام باب في النحل والتسوية بين الولد حديث (١٣٦٧) وابن ماجه (٢/ ٧٩٥) كتاب الهبات: باب الرجل ينحل ولده، حديث (٢٣٧٦) وأحمد (٤/ ٢٦٨) والشافعي (٢/ ١٦٧) كتاب الهبة والعمرى حديث (٥٨٣) والحميدي (٢/ ٤١١) رقم (٩٢٢) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٩١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٨٤) والدارقطني (٣/ ٤٢) كتاب البيوع حديث (١٧٤) والبيهقي (٦/ ١٧٦) كتاب الهبات: باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية، والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٢٥ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق الزهري عن محمد بن النعمان وحميد بن بشير عن النعمان به.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وللحديث طرق أخرى عن النعمان بن بشير.

الطريق الأول.

أخرجه البخاري (٥/ ٢١١) كتاب الهبة: باب الإشهاد في الهبة حديث (٢٥٨٧) وفي «الأدب المفرد». باب أدب الوالد وبره لولده حديث (٩٣)، ومسلم (٣/ ١٢٤٣) كتاب الهبات: باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث (١٣ ـ ١٨/ ١٦٢٣) وأبو داود (٣/ ٨١١) كتاب البيوع والإجارات: باب الرجل يفضل بعض ولده في النحل حديث (٣٥٤٢) والنسائي (٦/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠) كتاب النحل: باب اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، وابن ماجه (٢/ ٧٩٥) كتاب الهبات: باب الرجل ينحل ولده حديث (٢٣٧٥) وأحمد (٤/ ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠) والطيالسي (١/ ٢٨٠ ـ منحة) رقم (١٤١٨) والحميدي (٢/ ٤١٠) رقم (٩١٩) وابن حبان (٥٠٨٠، ٥٠٨١، ٥٠٨٢ ـ الإحسان) وابن الجارود (٩٩٢) والدارقطني (٣/ ٤٢) والبيهقي (٦/ ١٧٦) كتاب الهبات: باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ٢٨) كلهم من طريق الشعبي عن النعمان قال: أعطاني ابي عطية فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ فأتى رسول الله ﷺ فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله قال: «أعطيت سائر ولدك مثل هذا»؟ قال: لا. قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم». قال: فرجع فرد عطيته. لفظ البخاري.

الطريق الثاني:

أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٣) كتاب الهبات: باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث (١٢/ ١٦٢٣) أبو داود (٣/ ٨١١) كتاب البيوع: باب الرجل يفضل بعض ولده في النحل، حديث (٢٥٤٣) والنسائي (٦/ ٢٥٩) كتاب النحل: باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، وأحمد (٤/ ٢٦٨) من طريق عروة بن الزبير عن النعمان.

الطريق الثالث:

ولأن في التسوية تأليف القلوب، والتفضيل يورث الوحشة بينهم، فكانتِ التسويةُ أَوْلَىٰ.

ولو نحل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم لأنه تصرف في خالص ملكه لا حق لأحد فيه، إلا أنه لا يكون عدلاً سواء كان المحروم فقيهاً تقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا. وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس أن المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة.

فصل في حكم الهبة

وأما حُكْمُ الهبةِ؛ فالكلام فيه في ثلاث مواضع: في بيان أصل الحكم؛ وفي بيان صفته، وفي بيان ما يرفع الحكم.

أما أصل الحكم: فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوضٍ؛ لأنَّ الهبةَ تمليك العين من غير عوض، فكان حكمها ملك الموهوب[(1)] من غير عوض، وأما صفته فقدِ اختُلف فيها؛ قال أصحابنا: هي ثبوت ملك غير لازم في الأصل، وللواهب أن يرجع في هبته، وإنما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: الثابتُ بالهبة ملك لازم في الأصل، ولا يثبت الرجوع إلا في هبة الولد خاصَّة، وهي هبة الوالد لولده.

فنقول:

يَقَعُ الكلام في هذا الفصل في مواضع: في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة، وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوتِ الحق، وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع [في[(2)] الهبة]، وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً.

= أخرجه النسائي (٦/ ٢٦١ ـ ٢٦٢) كتاب النحل: باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، وأحمد (٤/ ٢٦٨) وابن حبان (٥٠٧٦، ٥٠٧٧ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٨٦) من طريق مسلم بن صبيح عن النعمان قال: ذهب بي أبي إلى النبي ﷺ يشهده على شيء أعطانيه فقال ألك ولد غيره قال نعم وصف بيده بكفه أجمع كذا إلا سويت بينهم.

وللحديث شاهد من حديث جابر.

أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٤) كتاب الهبات: باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث (١٩/ ١٦٢٤) وأحمد (٣/ ٣٢٦) وأبو داود (٣/ ٨١٢) كتاب البيوع: باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل حديث (٣٥٤٥) وابن حبان (٥٠٧٩ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٨٧) والبيهقي (٦/ ١٧٧) كتاب الهبات: باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية، كلهم من طريق زهير عن أبي الزبير عن جابر قال: قالت امرأة بشير: انحل ابني غلامك وأشهد لي رسول الله ﷺ، فأتى رسول الله ﷺ فقال: إن ابنة فلان سألتني أن أنحل ابنها غلامي، وقالت لي: أشهد رسول الله ﷺ، فقال: «له أخوة»، فقال: نعم، قال: «أفكلهم أعطيت مثل ما أعطيته»، قال: لا، قال: «فليس يصلح هذا، وإني لا أشهد إلا على حق».

(١) في أ: العين. (٢) سقط من ط.

أما ثبوت حق الرجوع، فحق الرجوع في الهبة ثابتٌ عندنا؛ خلافاً للشافعيّ[١] - رَحِمَهُ الله - آحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّم أَنَّهُ قَالَ: «لاَ يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ إلاَّ فِيمَا يَهَبُ الوَالِدُ لِوَلَدِهِ»[٢] وهذا نصٌّ في مسألة هبة الأجنبي والوالد.

وروي عن رسول الله - ﷺ - أَنَّهُ قَالَ: العَائِدُ في هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ»[٣] والعودُ في

---

(١) ظاهر مذهب الإمام أحمد صحة رجوع الأب فيما وهب سواءٌ قَصَدَ برجوعه التسوية بين الأولاد أو لم يرد، وهذا مذهب مالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور. وعن أحمد، رواية أخرى: ليس له الرجوع فيها. وبها قال أصحاب الرأي، والثوري، والعنبري؛ لقول النبي ﷺ: «العائد في هبته، كالعائد في قيئه». متفق عليه. وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها. رواه مالك، في «الموطأ». ولأنها هبة يحصل بها الأجر من الله تعالى، فلم يجز الرجوع فيها، كصدقة التطوع. ولنا، قول النبي ﷺ لبشير بن سعد: «فاردده». وروي: «فأرجعه». رواه كذلك مالك عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن، عن النعمان. فأمره بالرجوع في هبته، وأقل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد ذلك، فرجع في هبته لولده، ألا تراه قال في الحديث: فرجع أبي، فرد تلك الصدقة. وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً، يخالف ظاهر الحديث؛ لقوله: تصدق عليَّ أبي بصدقة. وقول بشير: إني نحلت ابني غلاماً. يدل على أنه كان قد أعطاه. وقول النبي ﷺ: «فَارْدُدْهُ». وقوله: «فأرجعه». وروى طاوس، عن ابن عمر، وابن عباس، يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ، أنه قال: «ليس لأحد أنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً، فيرجع فيها، إلا الوالِدَ فيما يعطي ولده». رواه الترمذي. وقال: حديث حسن. وهذا يخص عموم ما رووه ويفسره. وقياسهم منقوض بهبة الأجنبي؛ فإن فيها أجراً وثواباً، فإن النبي ﷺ ندب إليها. وعندهم له الرجوع فيها، والصدقة على الولد كمسألتنا، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة؛ لقوله: تصدق عليَّ أبي بصدقةٍ. ينظر المغني ٨/ ٢٦١ - ٢٦٢.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ٢٧٧) كتاب الهبة: باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته حديث (٢٦٢١) ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب الهبات: باب تحريم الرجوع في الصدقة حديث (٥/ ١٦٢٢) وأبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب البيوع: باب الرجوع في الهبة حديث (٣٥٣٨) والنسائي (٦/ ٢٦٦) كتاب الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، وابن ماجه (٢/ ٧٩٦) كتاب الهبات: باب الرجوع في الهبة حديث (٢٣٨٥) وأحمد (١/ ٢٨٠، ٢٨٩، ٣٣٩، ٣٤٢، ٣٤٥، ٣٤٩) وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٨٠ - منحة) رقم (١٤١٩) وابن الجارود (٩٩٣) وابن حبان (٥٠٩٩، ٥١٠٠ - الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٧) كتاب الهبة والصدقة باب الرجوع في الهبة والبيهقي (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات باب لا يحل لواهب أن يرجع في هبته وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ١٤٥، ٢٨١) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٢٤ - بتحقيقنا) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٧/ ٣٨٥) من طرق عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس به.

وأخرجه البخاري (٥/ ٢٧٧ - ٢٧٨) كتاب الهبة: باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته حديث (٢٦٦٢) وفي «الأدب المفرد» رقم (٤١٧) والنسائي (٦/ ٢٧٦) كتاب الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، والترمذي، (٣/ ٥٩٢) كتاب البيوع: باب الرجوع في الهبة حديث (١٢٩٨) وأحمد (١/ ٢١٧)=

....

= والحميدي (١/ ٢٤٣) رقم (٥٣٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٨) كتاب الهبة والصدقة: باب الرجوع في الهبة والبيهقي (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات: باب لا يحل لواهب أن يرجع من هبته وأبو يعلى (٤/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤) رقم (٢٤٠٥) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٢٥ ـ بتحقيقنا) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٨/ ١٧٨) من طريق عكرمة عن ابن عباس قال: قال النبي ﷺ: ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه.

وأخرجه البخاري (٥/ ٢٥٦) كتاب الهبة: باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها حديث (٢٥٨٩) ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب الهبات: باب تحريم الرجوع في الصدقة حديث (٨/ ١٦٢٢) والنسائي (٦/ ٢٦٧) كتاب الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٨) كتاب الهبة والصدقة: باب الرجوع في الهبة، والبيهقي (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات: باب لا يحل لواهب أن يرجع في هبته، كلهم من طريق طاووس عن ابن عباس قال: قال النبي ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه».

وقد رواه طاوس عن ابن عمر وابن عباس معاً.

أخرجه أبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب البيوع والإجارات: باب الرجوع في الهبة حديث (٣٥٣٩) والنسائي (٦/ ٢٦٧) كتاب الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، والترمذي (٣/ ٥٩٢) كتاب الأحكام: باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة حديث (١٢٩٩) وأحمد (٢/ ٢٧، ٧٨) وابن حبان (١١٤٨ ـ موارد) وأبو يعلى (٥/ ١٠٥ ـ ١٠٦) رقم (٢٧١٧) وابن الجارود (٩٩٤) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٩) والدارقطني (٣/ ٤٢ ـ ٤٣) كتاب البيوع، والحاكم (٢/ ٤٦) والبيهقي (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات: باب لا يحل لواهب أن يرجع في هبته، كلهم من طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر وابن عباس قالا: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل رجل أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ومثل الذي يعطي العطية فيرجع فيها كالكلب أكل حتى إذا تم قاء ثم رجع في قيئه».

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: «صحيح الإسناد فإني لا أعلم خلافاً في عدالة عمرو بن شعيب إنما اختلفوا في سماع أبيه من جده» ووافقه الذهبي.

وأخرجه أحمد (١/ ٣٤٢) من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس به.

وللحديث شواهد من حديث عمر وعبد الله بن عمرو وأبي هريرة وجابر.

حديث عمر.

أخرجه البخاري (٢/ ٢٧٨) كتاب الهبة: باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته حديث (٢٦٢٣) ومسلم (٣/ ١٢٣٩) كتاب الهبات: باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به حديث (١/ ١٦٢٠) وأحمد (١/ ٤٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٩) كتاب الهدية والهبة: باب الرجوع في الهبة، من طريق جماعة عن زيد بن أسلم عن أبيه سمعت عمر بن الخطاب يقول: «حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص فسألت عن ذلك النبي ﷺ فقال: «لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه».

ورواه عبد الله بن عمر العمري عن زيد بن أسلم عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه». =

القيء حرامٌ، كذا في الهبة؛ ولأن الأصل في العقود هو اللزوم، والامتناع بعارض خلل في المقصود، ولم يوجد؛ لأن المقصودَ من الهبة اكتسابُ الصيت بإظهار الجود والسخاء، لا طلب العوض، فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد/ ما لم يوضع له، فلا يعتبر طلبه أصلاً. ٣/١٩٤أ

ولنا: الكتاب والسنةُ وإجماعُ الصحابةِ رضي الله عنهم ـ.

أما الكتاب العزيز فقولُه تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء:٨٦]، والتحيةُ وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال، قال القائل: [من الطويل].

= أخرجه ابن ماجه (٢/٧٩٧ ـ ٧٩٨) كتاب الهبات باب الرجوع في الهبة حديث (٢٣٨٦).
حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.
أخرجه أحمد (٢/ ١٨٢) وأبو داود (٣/ ٨١٠) كتاب البيوع والإجارات: باب الرجوع في الهبة حديث (٣٥٤٠) والنسائي (٦/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥) كتاب الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ قال: مثل الذي يسترد ما وهب كمثل الكلب يقيء فيأكل قيئه فإذا استرد الواهب فليوقف فليعرف بما استرد ثم ليدفع إليه ما وهب.
حديث أبي هريرة.
أخرجه أحمد (٢/ ٢٥٩، ٤٣٠، ٤٩٢) وابن ماجه (٢/٧٩٧) كتاب الهبات: باب الرجوع في الهبة حديث (٢٣٨٤) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/٧٨) كتاب الهدية والهبة: باب الرجوع في الهبة والعقيلي في «الضعفاء» (٤/ ٣٢٢) كلهم من طريق خلاس بن عمرو عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يأكل حتى إذا شبع قاء ثم يعود في قيئه». وهذا إسناد ضعيف لانقطاعه.
قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٣٥): هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع قال الإمام أحمد بن حنبل وغيره خلاس بن عمرو الهجري لم يسمع من أبي هريرة شيئاً.
وقال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ١٧٣): وقال يحيى بن سعيد كان في أطراف عوف خلاس ومحمد عن أبي هريرة حديث «إن موسى عليه السلام كان حيياً فقالت بنو إسرائيل هوآدر: «فسألت عوفاً فترك محمداً وقال: خلاس مرسلي ـ أي لم يرو عن أبي هريرة.
حديث جابر.
أخرجه الطبراني في «الصغير» (٢/ ١١٤) والعقيلي في «الضعفاء» (٣/ ٤٥) من طريق عبد الحميد بن الحسن الهلالي عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالعائد في قيئه».
قال الطبراني: لم يروه عن محمد بن المنكدر إلا عبد الحميد بن الحسن.
وقال العقيلي: عبد الحميد لا يتابع على حديثه عن ابن المنكدر والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥٦) وقال: رواه الطبراني في الصغير وفيه عبد الحميد بن الحسن الهلالي وثقه ابن معين وأبو حاتم وضعفه أبو زرعة وغيره اهـ.

تُحَيِّيهِمُ بِيضُ الوَلائِدِ بَيْنَهُمْ[1]

لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة؛ وهي قوله تعالى: ﴿أَوْ رُدُّوهَا﴾؛ لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض؛ لأنه عبارةٌ عن إعادة الشيء، وذا لا يتصور في الأعراض، والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل.

وأما السنةُ فما رُوِيَ عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ: «الوَاهِبُ أحق بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»[2] أي: يعوض، جعل عليه الصلاة والسلام الواهبَ أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض، وهذا نَصٌّ في الباب.

---

(١) صدر بيت للنابغة الذبياني وعجزه:

. . . . وأكسيةُ الإضريج فوق المشاجبِ

ينظر ديوانه ص (٤٧)، وجمهرة اللغة ص ٤٥٩، وأساس البلاغة ص ٢٦٨ وبلا نسبة في جمهرة اللغة ص ١١٩٣، والمخصص ٤/ ٩٥، وتاج العروس (ضرج).

(٢) روي هذا الحديث عن أبي هريرة وابن عباس وابن عمر ـ رضي الله عنهم.

فأما حديث أبي هريرة:

أخرجه ابن ماجة (٢/ ٧٩٨) كتاب الهبات، باب: «من وهب هبة رجاء ثوابها» حديث (٢٣٨٧).

والدارقطني (٣/ ٤٣، ٤٤) في كتاب البيوع، حديث (١٨٠، ١٨١). والبيهقي (٦/ ١٨١) كتاب الهبات، باب «المكافأة في الهبة» كلاهما من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع بن جارية الأنصاري عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ به.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٢٥): إبراهيم بن إسماعيل بن جارية ضعفوه.

قلت: قال عنه الحافظ في «التقريب»: ضعيف (١٤٩): وأما حديث ابن عباس فله طريقان:

الأول أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ١٤٧) (١١٣١٧) قال: حدثني محمد بن عثمان بن أبي شيبة قال: وجدت في كتاب أبي عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ، قال: قال رسول الله ﷺ: «من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يتعب منها، فإن رجع من هبته فهو كالذي يقيء ويأكل فيه».

وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو ضعيف والطريق الثاني: أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٤) في كتاب البيوع، حديث (١٨٥).

من طريق إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس عن النبي ـ ﷺ ـ. . . فذكره.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٢٥): أعله عبد الحق في «أحكامه» بمحمد بن عبيد الله العزرمي؛ قال ابن القطان كالمتعقب عليه: وهو لم يصل إلى العزرمي إلا على لسان كذاب، وهو إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي فلعل الجناية منه انتهى.

قال العظيم أبادي في «التعليق المغني» (٣/ ٤٤): إبراهيم بن يحيى هو الأسلمي المديني أحد العلماء الضعفاء؛ قال يحيى بن معين: سمعت القطان يقول: إبراهيم بن أبي يحيى كذاب.

وروى أبو طالب عن أحمد بن حنبل، قال: تركوا حديثه، قد يرى معتزلي يروي أحاديث ليس كلها أصل. =

وَأَمَّا إجماع الصحابة فإنه روي عن سيدنا عمر، وسيدنا عثمان، وسيدنا علي وعبد الله ابن سيدنا عمر، وأبي الدرداء، وفضالة بن عبيد؛ وغيرهم - رضي الله عنهم - أنهم قالوا مثلَ مذهبنا، ولم يرد[1] عن غيرهم خلافه، فيكون إجماعاً، ولأن العوض المالي قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب، فإن الإنسان قد يهب من الأجنبي إحساناً إليه، وإنعاماً عليه، وقد يهب له طعماً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادةً، فالموهوب له مندوبٌ إلى ذلك شرعاً؛ قال الله - تبارك وتعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إِلاَّ الإِحْسَانُ﴾ [الرحمن: ٦٠]، وقال عليه الصلاةُ والسلام: «مَنِ اصْطَنَع[2] إِلَيْكُمْ مَعْرُوفاً فَكَافِئُوهُ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا ما تُكَافِئُونَهُ، فَادْعُوا لَهُ حَتَّى يَعْلَم أَنَّكُمْ قَدْ كَافَأْتُمُوهُ»[3] وقال عليه الصلاة والسلام: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا» والتهادي تَفَاعل من الهدية، فيقتضي

= وقال البخاري: تركه ابن المبارك والناس.
وقال البخاري أيضاً: كان يرى القدر وكان جهمياً.
وروى عبد الله بن عباس عن ابن معين: كذاب رافضي.
وقال محمد بن عثمان بن أبي شيبة سمعت علياً يقول: إبراهيم بن أبي يحيى كذاب، وكان يقول بالقدر.
وقال النسائي والدارقطني وغيرهما: متروك.
وأما حديث ابن عمر: أخرجه الحاكم (٢/ ٥٢).
والدارقطني (٣/ ٤٣) في كتاب البيوع، حديث (١٧٩) والبيهقي في «الكبرى» (٦/ ١٨٠ - ١٨١) كتاب الهبات، باب: «المكافأة في الهبة».
كلهم من طرق عن عبد الله بن موسى ثنا حنظلة بن أبي سفيان، قال: سمعت سالم بن عبد الله يحدث عن ابن عمر عن النبي - ﷺ - قال: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب».
قال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه إلا أن نكل الحمل فيه على شيخنا، ووافقه الذهبي.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٢٦): وعن الحاكم رواه البيهقي في «المعرفة»، وقال: غلط فيه عبد الله بن موسى والصحيح فيه: رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر من قوله، وإسناد حديث أبي هريرة أليق، إلا أن فيه إبراهيم بن إسماعيل وهو ضعيف عند أهل الحديث فلا يبعد منه الغلط، والصحيح رواية سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر فرجع الحديث إلى عمر من قوله والله أعلم انتهى كلامه.
قال البيهقي: وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع.

(١) في أ: يرو.
(٢) في أ: استصنع.
(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٦٨، ٩٥، ٩٩، ١٢٧) وأبو داود (٢/ ١٢٨) كتاب الزكاة، باب: «عطية من سأل بالله»، حديث (١٦٧٢).
والنسائي (٥/ ٨٢) كتاب الزكاة، باب: «من سأل بالله عز وجل»، حديث (٢٥٦٦).
والبخاري في «الأدب المفرد» (٢١٠).
وعبد بن حميد (٨٠٦)، والحاكم (١/ ٤١٢). =

الفعل من اثنين، وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي، وفوات المقصود في[1] عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع؛ لأنه يعدم الرضا، والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم؛ كما في البيع، إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد؛ لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود؛ وهو السلامة؛ كذا هذا.

وأما الحديث الأول فله تأويلان:

أحدهما: أنه محمولٌ على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء، وذلك لا يجوز عندنا إلا فيما وهب الوالد لولده، فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد، ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه.

الثاني: أنه محمولٌ على نفي الحل من حيث المروءة والخلق[2]، لا من حيث الحكم؛ لأن نفي الحل يحتمل ذلك، قال الله عَزَّ وَجَلَّ - في رسولنا عليه الصلاة والسلام -: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ﴾ [الأحزاب٥٢] قيل في بعض التأويلات: لا يحل لك من حيث المروءة والخلف أن تتزوج عليهن، بعد ما اخْتَرْنَ إياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة، لا من حيث الحكم؛ إذ كان يحل له التزوج بغيرهن، وهذا تأويل الحديث.

والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة [وطبيعة، لا شريعة][3].

ألاَ ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أُخرَى: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ» وقيء[4] الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية؛ لكنه يوصف بالقبح الطبيعي؛ كذا هذا.

= كلهم من طرق عن مجاهد، عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنه فذكره بنحوه.
وإسناده صحيح.
ولفظ أبي داود: «من استعاذ بالله فأعينوه، ومن سأل بالله فأعطوه، ومن دعاكم فأجيبوه، ومن صنع إليكم معروفاً فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه».
وبنحو حديث ابن عمر - رضي الله عنه أخرجه الترمذي (٣٧٩/٤) كتاب البر والصلة، باب: ما جاء في المتشبع بما لم يعطه (٢٠٣٤)، والبخاري في الأدب المفرد (٢٠٩).
من حديث جابر.
قال الترمذي: حسن غريب.

(١) في ط: من.
(٢) في ط: والخلف.
(٣) في أ: وخلقاً لا شرعاً.
(٤) في ط: وفعل.

وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمولٌ على أخذ مال ابنه عند الحاجة إليه؛ لكنه سَمَّاه رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً، وإن لم يكن رجوعاً حقيقة؛ على ما نذكره في تلك المسألة، إن شاء الله تعالى.

وأما [شرط صحة][١] الرجوع بعد ثبوت الحق [بقضاء القاضي أو التراضي][٢] حتى لا يَصِحُّ بدون القضاء والرضا؛ لأن الرجوع فسخ العقد بعد تمامه، وفسخ العقد بعد تمامه [لا][٣] يصح بدون القضاء والرضا؛ كالرد بالعيب في البيع بعد القبض.

وأما العوارض المانعة من الرجوع فأنواعٌ: منها هلاك الموهوب؛ لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك، ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته؛ لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها.

ومنها: خروج الموهوب من ملك الواهب بأيِّ سبب كان؛ من البيع والهبة والموت ونحوها؛ لأن الملك يختلف بهذه الأشياء، أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهرٌ، وكذا بالموت؛ لأن الثابت للوارث؛ غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة؛ لأن الملك عرض يتجدد في كل زمان؛ إلاَّ أنه مع تجدده حقيقة جعل متجدداً/ تقديراً في حق المحل؛ حتى يرد الوارث بالعيب، ويرد عليه، فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك، فاختلف الملكان؛ واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين.

٣/١٩٤ب

ثم لو وهب عيناً لم يكن له أن يرجع في عين أخرى؛ فكا إذا أوجبه ملكاً لم يكن له أن يفسخ ملكاً آخر؛ بخلاف ما إذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد؛ أن للواهب أن يرجع فيها، لأن الملك هناك لم يختلف؛ لأن الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء، فلم يختلف الملك؛ وكذا المكاتب إذا وهب له هبة وقبضها، فللواهب أن يرجع؛ لما قلنا.

وكذلك إن أعتق المكاتب؛ لأن الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق[٤]؛ فَكَأَنَّهُ وهب له بعد العتق، فإن عجز المكاتب ورد في الرق، فللواهب أن يرجع عند أبي يوسف، وعند محمد ليس له أن يرجع، وهذا بِنَاءً على أن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة، فالمولى يملك إكسابه بحكم الملك الأول، أو يملكها ملكاً مبتدأ، فعند أبي يوسف يملكها بحكم الملك الأول، فلم يختلف الملك، فكان له أن يرجع، وعند محمد يملكها ملكاً مبتدأ، فاختلف الملك، فمنع الرجوع.

---

(١) في ط: شرائط.
(٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.
(٤) في أ: بالقبض.

وجه قول محمدٍ أن ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة؛ لأن المكاتب صار أحق بإكسابه بالكتابة، فبطل ملك المولى بالكسب، والباطل لا يحتمل العود، فكان هذا ملكاً مبتدأ، فيمنع الرجوع كملك الوارث.

وجهِ قول أبي يوسف أن سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة، وملك الرقبة قَائِمٌ بعد الكتابة؛ إلاَّ أنه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى؛ لضرورة التوصل إلى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب، وهو شرف الحرية بأداء بدل الكتابة، فإذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة، فلم يكن هذا ملكاً مبتدأ.

ومنها: موت الواهب؛ لأن الوارث لم يوجب الملك للموهوب له، فكيف يرجع في ملك لم يوجبه؟!!

ومنها: الزيادة في الموهوب زيادة متصلة، فنقول: جملةُ الكلام في زيادة الهبة أنها لا تخلو إما إن كانت متصلة بالأصل، واما إن كانت منفصلة عنه، فإن كانت متصلة بالأصل فإنها تمنع الرجوع، سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو لا بفعله، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة؛ نحو إما إذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت، أو داراً فبنى فيها، أو أرضاً فغرس فيها غرساً، أو نصب دولاباً. وغير ذلك مما يستقي به، وهو مثبت في الأرض مبني عليها على وجه يدخل في بيع الأرض من غير تسمية، قليلاً كان أو كثيراً، أوْ كان الموهوب ثوباً فصبغه بعصفر، أو زعفران، أو قطعه قميصاً وَخَاطَهُ، أو جبَّة وحشاه، أو قباء؛ لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع الزيادة؛ لأن الزيادة ليست بموهوبة؛ إذ لم يرد عليها العقد، فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة؛ لأنه غير ممكن، فامتنع الرجوع أصلاً.

وَإن صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه، فله أن يرجع؛ لأن المانع من الرجوع هو الزيادة، فإذا لم يزده الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم، وَإِنْ كانت الزيادة منفصلة، فإنها لا تمنع الرجوع، سواء كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والتمر، أو غير متولدة؛ كالأرش والعقر والكسب والغلة؛ لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد، فلا يرد عليها الفسخ، وَإنما ورد على الأصل ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة؛ بخلاف المتصلة؛ وبخلاف ولد المبيع أنه يمنع الرد بالعيب؛ لأن المانع هناك هو الربا؛ لأنه يبقى الولد بعد رد الأم بكلِّ الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابله عِوَضٌ؛ وهذا تفسير الربا.

ومعنى الربا لا يتصور[1] في الهبة؛ لأن جريان الربا يختص بالمعاوضات، فجاز أن يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوضٍ؛ بخلاف البيع[2]، وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع؛ لأنه

---

(١) في أ: يتقدر.

(٢) في ط: المبيع.

لا تعلُّق لها بالموهوب، وَإنما هي رغبةٌ يحدثها الله - تعالى - في القلوب، فلا تمنع الرجوع؛ ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع، فلا تعتبر[١] ضمان الرهن ولا الغصب، ولا تمنع الرد بالعيب.

٣/١٩٥أ وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع؛ لأن ذلك رجوع في/ بعض الموهوب، وله أن يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكماله؛ فكذا إذا نقص، ولا يضمن الموهوبُ له النقصان؛ لأن قبض الهبة ليس بقبض مضمون.

ومنها: العوض؛ لِمَا روينا عَنْ رَسُولِ الله ﷺ أنه قَالَ: «الوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا» أي: ما لم يعوض؛ ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هوالوصول إلى العوض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده، فيمنع الرجوع، وسواء قل العوض أو كثر؛ لما روينا من الحديث من غير فصل، فنقول العوض نوعان: متأخر عن العقد، ومشروط في العقد.

أما العوضُ المتأخر عن العقد؛ فالكلامُ فيه يقع في موضعين:

أحدهما: في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً.

والثاني: في بيان ماهية هذا التعويض.

أما الأول: فله شرائط ثلاثة: الأول مقابلة العوض بالهبة؛ وهو أن يكون التعويض بلفظٍ يَدُلُّ على المقابلة؛ نحو أن يقول هذا عوض من هبتك، أو بدلٌ عن هبتك، أو مكان هبتك، أو نحلتك هذا عن هبتك، أو تصدقت بهذا بدلاً عن هبتك، أو كافأتك، أو جازيتك، أو أثبتك، وما يجري هذا المجرى؛ لأن العوض اسم لما يقابل المعوض، فلا بد مِن لفظٍ يدل على المقابلة؛ حتى لو وهب لإنسان شيئاً وقبضه الموهوب له.

ثم إن الموهوب له أيضاً وهب شيئاً للواهب، ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا؛ لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة، ولكلٍّ واحد منهما حق الرجوع؛ لأنه لم يجعل الثاني[٢] مقابلاً بالأول؛ لانعدام ما يدل على المقابلة، فكانت هبة مبتدأة، فيثبت فيها الرجوع.

والثاني: أن لا يكون العوض في العقد مملوكاً بذلك العقد؛ حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب، لا يصح ولا يكون عوضاً.

وإن عوضه ببعض الموهوب عن باقيه، فإن كان الموهوب على حاله التي وقع عليها

---

(١) في ط: تغير.

(٢) في ط: الباقي.

العقد لم يكن عوضاً؛ لأن التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادةً؛ إذ لو كان ذلك مقصوده لأمسكه ولم يهبه، فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد، فلا يبطل حق الرجوع، وَإِن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع، فإن بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي، لأنه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى، فصلح عوضاً، هذا إذا وَهَبَ شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحدٍ، فأما إذا وهب شيئين في عقدين عوض أحدهما عن الآخر، فقد اختلف فيه؛ قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة [ومحمد][1] يكون عوضاً، وقال أبو يوسف: لا يكون عوضاً.

وجه قول أبي يوسف أن حق الرجوع ثابتٌ في غير[2] ما عوض؛ لأنه موهوب وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعاً، فإذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعاً، فلا يقع موقع العوض؛ بخلاف ما إذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقي؛ أنه يجوز، وكان مكاناً عوضاً؛ لأن حق الرجوع قد بطل بالتغير، فجاز أن يقع موقع العوض.

وجه قولهما إنهما ملكا بعقدين متباينين، فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر، وهذا لأنه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الأولى؛ لأن الإنسان قد يهب شيئاً ثم يبدو له الرجوع، فصار الموهوب بأحد العقدين بمنزلة عين أخرى، بخلاف ما إذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد؛ لأن بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب، فإنَّ الإنسان لا يهب شيئاً ليسلم له بعضه عوضاً عن باقيه.

وقوله «حق الرجوع ثابت شرعاً» نعم، لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب، فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى؛ كما لو باعه منه.

ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشيء، فعوضه الصدقة من الهبة، كانت عوضاً بالإجماع على اختلاف الأصلين.

أما على أصل أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ فلا يشكل؛ لأنهما لو ملكّا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر، فعند اختلاف العقدين أَوْلَىٰ.

وأما على أصل أبي يوسف ـ رحمه الله ـ فلأن الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع، فوقعت موقع العوض.

والثالث: سلامة العوض/للواهب، فإن لم يسلم بأن استحق من يده، لم يكن عوضاً، ٣/١٩٥ب
وله أن يرجع في الهبة؛ لأن بالاستحقاق تبين أن التعويض لم يصح؛ فكأنه لم يعوض أصلاً،

---

(١) سقط من ط. (٢) في أ: عين.

فله أن يرجع إن كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك، ولم يزدد خيراً ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع، فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه، كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض، وكذا إذا ازداد خيراً لم يضمن كما قبل التعويض.

وإن استحق بعض العوض وبقي البعض، فالباقي عوضٌ عن كُلّ الموهوب، وَإن شاء رد ما بقي من العوض، ويرجع في كل الموهوب إن كان قائماً في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض.

وجه قوله إن معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً، فكما أن الثاني عوض عن الأول، فالأول يصير عوضاً عن الثاني، ثم لو استحق بعض الهبة الأولى كان للموهوب له أن يرجع في بعض العوض، فكذا إذا استحق بعض العوض، كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة.

ولنا: أن الباقي يصلح عوضاً عن كل الهبة؛ ألا ترى أنه لو لم يعوضه إلا به في الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع؛ فكذا في [حالة البقاء]؛ لأن البقاء أسهل، إلاَّ أن للواهب أن يرده ويرجع في الهبة؛ لأن الموهوبَ له غرَّه؛ حيث عوضه لإسقاط الرجوع بشيء لم يسلم له، فيثبت له الخيار.

وأما سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له، فشرطه لزوم التعويض؛ حتى لو استحق الموهوب كان[(١)] [للموهوب][(٢)] له أن يرجع فيما عوض؛ لأنه إنما عوض ليسقط / حق الرجوع في الهبة، فإذا استحق الموهوب تَبَيَّن أن حق الرجوع لم يكن ثابتاً، فصار كمن صالح عن دين ثم تبين أنه لا دين عليه؛ وكذلك لو استحق نصف الموهوب، فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة؛ لأنه إنما جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة، فإذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره، سواء زاد العوض أو نقص في السعر، أو زاد في البدن أو نقص في البدن، كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان؛ كذا روي عن محمد في «الإملاء».

وإنما لم تمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لأنه تبين له أنه قبضه بغير حق، فصار كالمقبوض بعقد فاسد، فيثبت الفسخ في الزوائد، وَإن قال الموهوب له: أرد ما بقي من الهبة،

(١) في ط: حالة الانتهاء بل أولى.

(٢) سقط من ط.

وأرجع في العوض كله ـ لم يكن له ذلك؛ لأن العوض لم يكن مشروطاً في العقد، بل هو متأخرٌ عنه، والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة، بل هو لإسقاط الرجوع، وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة، فلم يكن له أن يرجع في الهبة[1]، فإن كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض، وإنِ استحق كل الهبة والعوض مستهلك، يضمن كل قيمة العوض.

كذا ذكر في الأصل من غير خلاف، وهو إحدى روايتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ـ رحمهم الله، وروى بشر روايةً أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يضمن شيئاً، وهو قول أبي يوسف.

وجه رواية الأصل أن القبض في العوض ما وقع مجاناً، وإنما وقع مبطلاً حق الرجوع في الأول، فإنْ لم يسلم المقصود منه بقي القبض مضموناً، فكما يرجع بعينه لو كان قائماً، يرجع بقيمته إذا هلك.

وجه الرواية الأخرى أن العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة؛ من القبض، والحيازة، والموهوب غير مضمون بالهلاك، هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة، فاستحق بعضه.

فأما إذا كان مما يحتمل القسمة، فاستحق بعض أحدهما؛ بطل العوض إن كان هو المستحق، وكذا تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة، فإذا بطل العوض رجع في الهبة، وإذا بطلت الهبة يرجع في العوض؛ لأن بالاستحقاق تبين أن الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة، وذلك باطلٌ.[2]

---

(١) في ط: العوص.

(٢) قال ابن قدامة: وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة:
أحدها، أن تكون باقيةً في ملك الابن، فإن خرجت عن ملكه، ببيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك، لم يكن له الرجوع فيها؛ لأنه إبطالٌ لملك غير الوالد. وإن عادت إليه بسبب جديد، كبيع أو هبة أو وصية أو إرث ونحو ذلك، لم يملك الرجوع فيها؛ لأنها عادت بمِلْكٍ جديد لم يستفده من قبل أبيه، فلا يملك فسخه وإزالته، كالذي لم يكن موهوباً له. وإن عادت إليه بفسخ البيع، لعيب أو إقالة أو فلس المشتري، ففيه وجهان؛ أحدهما، يملك الرجوع؛ لأن السبب المزيل ارتفع، وعاد المِلك بالسبب الأول، فأشبه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط. والثاني، لا يملك الرجوع؛ لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه، فأشبه ما لو عاد إليه بهبة. فأما إن عاد إليه للفسخ بخيار الشرط، أو خيار المجلس، فله الرجوع؛ لأن الملك لم يستقر عليه.
الثاني، أن تكون العين باقية في تصرف الولد، بحيث يملك التصرف في رقبتها، فإن استولد الأمة، لم يملك الأب الرجوع فيها؛ لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها. وإن رهن العين، أو أفلس=

....

= وحجر عليه، لم يملك الأب الرجوع فيها؛ لأن في ذلك إبطالاً لحق غير الولد. فإن زال المانع من التصرف، فله الرجوع؛ لأن ملك الابن لم يزل، وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك، فمنع الرجوع، فإذا زالَ [زال] المنع، والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب. وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه. فأما من أجاز بيع المكاتب، فحكمه حكم المستأجر والمزوج. وأما التدبير، فالصحيح أنه لا يمنع البيع، فلا يمنع الرجوع. وإن قلنا: يمنع البيع. منع الرجوع. وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة، كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه، والوطء والتزويج والإجارة والكتابة والتدبير، إن قلنا: لا يمنع البيع، والمزارعة عليها، وجعلها مضاربة، أو في عقد شركة، فكل ذلك لا يمنع الرجوع؛ لأنه لا يمنع تصرف الابن في رقبتها، وكذلك العتق المعلق على صفة. وإذا رجع وكان التصرف لازماً، كالإجارة والتزويج والكتابة، فهو باقٍ بحاله؛ لأن الابن لا يملك إبطاله، فكذلك من انتقل إليه. وإن كان جائزاً، كالوصية والهبة قبل القبض، بطل؛ لأن الابن يملك إبطاله. وأما التدبير والعتق المعلق بصفة، فلا يبقى حكمهما في حق الأب، ومتى عاد إلى الإبن، عاد حكمهما. فأما البيع الذي للابن فيه خيار، إما لشرط، أو عيب في الثمن، أو غير ذلك، فيمنع الرجوع؛ لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع، ولم يثبت له ذلك من جهته. وإن وهبه الابن لابنه، لم يملك الرجوع فيه؛ لأن رجوعه إبطال لملك غير ابنه. فإن رجع الابن في هبته، احتمل أن يملك الأب الرجوع في هبته حينئذٍ؛ لأنه فسخ هبته برجوعه، فعاد إليه الملك بالسبب الأول. ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع؛ لأنه رجع إلى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه، فأشبه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه.

الثالث، أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد، فإن تعلقت بها رغبة لغيره، مثل أن يهب ولده شيئاً فيرغب الناس في معاملته، وأدانوه ديوناً، أو رغبوا في مناكحته، فزوجوه إن كان ذكراً، أو تزوجت الأنثى لذلك، فعن أحمد روايتان؛ أولاهما، ليس له الرجوع. قال أحمد، في رواية أبي الحارث، في الرجل يهب لابنه مالاً: فله الرجوع، إلا أن يكون غرَّ به قوماً، فإن غرَّ به، فليس له أن يرجع فيها. وهذا مذهب مالك؛ لأنه تعلق به حق غير الابن، ففي الرجوع إبطال حقه، وقد قال عليه السلام: «لاَ ضَرَرَ ولاَ ضِرَارَ». وفي الرجوع ضرر، ولأن في هذا تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين، ولا يجوز التحيل على ذلك. والثانية، له الرجوع؛ لعموم الخبر، ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال، فلم يمنع الرجوع فيه.

الرابع، أن لا تزيد زيادة متصلة، كالسمن والكبر وتعلم صنعة. فإن زادت، فعن أحمد روايتان؛ إحداهما، لا تمنع الرجوع. وهو مذهب الشافعي؛ لأنها زيادة في الموهوب، فلم تمنع الرجوع، كالزياة قبل القبض، والمنفصلة والثانية، تمنع. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه، فلم يملك الرجوع فيها، كالمنفصلة، وإذا امتنع الرجوع فيها، امتنع الرجوع في الأصل، لئلا يفضي إلى سوء المشاركة، وضرر التشقيص، لأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه، فمنعه الزيادة المتصلة، كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح، أو نصفه بالطلاق، أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري. ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري، وقد رضي ببذل الزيادة. وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضاً بعرضٍ، فزاد أحدهما، ووجد المشتري الآخر به عيباً، قلنا: بائع المعيب سلط مشتريه على الفسخ، ببيعه المعيب، فكأنَّ الفسخ وجد منه. ولهذا قلنا، فيما إذا فَسَخَ الزَّوْجُ النِّكاح لعيب المرأة قبل الدخول: لا صداق لها، كما لو فسخته. وعلى هذا لا فرق بين =

الثاني/ بيان ماهيته، فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلافٍ من أصحابنا، ٣/١٩٦أ يصح بما تصح به الهبة، ويبطل بما تبطل به الهبة، لا يخالفها إلا في إسقاط الرجوع؛ على معنى أنه يثبت حق الرجوع في الأولى، ولا يثبت في الثانية، فأما فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة؛ لأنه تَبَرُّعٌ بتمليك العين للحال، وهذا معنى الهبة إلا أنه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه في الهبة الأولى، فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع في الهبة الأولى.

ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً فاحشاً، لم يكن له أن يرده ويرجع في العوض؛ وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيباً لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة؛ لأن الرد بالعيب من خواص المعاوضات، والعوض إذا لم يكن مشروطاً في العقد لم يكن عوضاً على الحقيقة، بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه إلاّ في إسقاط الرجوع خاصَّةً، فإذا قبض الواهب العوض فليس لكلٍّ واحد منهما أَنْ يَرْجِعَ على صاحبه فيما ملكه.

أَما الواهب فلأنه قد سلم له العوض عن الهبة، وأنه يمنع الرجوع، وأما الموهوب له فلأنه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه، ؛ وهو سقوط حق الرجوع، فيمنعه من الرجوع؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ «الوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»، وسواء عوضه الموهوب له، أو أجنبي بأمر الموهوب له، أو بغير أمره ـ لم يكن للواهب أن يرجع في هبته، ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب، ولا على الموهوب له.

أما الواهب فإنما لم يرجعْ في هبته، لأن الأجنبي إنما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه، ولو عوض بنفسه لم يرجع؛ فكذا إذا عوض الأجنبي بأمره، وَإن عوض بغير أمره فَقَدْ تَبَرَّعَ بإسقاط الحق عنه، والتبرعُ بإسقاط الحق عن الغير جائز؛ كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها.

= الزيادة في العين، كالسمن والطول ونحوهما، أو في المعاني، كتعلم صنعةٍ أو كتابةٍ أو قرآنٍ أو علم، أو إسلام، أو قضاء دين عنه. وبهذا قال محمد بن الحسن. وقال أبو حنيفة: الزيادة بتعليم القرآن وقضاء الدينَ عنه، لا تمنع الرجوع. ولنا، أنها زيادةٌ لها مقابلٌ من الثمن، فمنعت الرجوع، كالسمن وتعلم الصنعة. وإن زاد ببرئه من مرضٍ أو صممٍ، منع الرجوع، كسائر الزيادات، وإن كانت زيادة العين أو التعلم لا تزيد في قيمته شيئاً، أو ينقص منها، لم يمنع الرجوع؛ لأن ذلك ليس بزيادةٍ في المالية. وأما الزيادة المنفصلة، كولد البهيمة، وثمرة الشجرة، وكسب العبد، فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه. والزيادة للولد؛ لأنها حادثة في ملكه، ولا تتبع في الفسوخ، فلا تتبع ههنا. وذكر القاضي وجهاً آخر، أنها للأبِ. وهو بعيدٌ، فإن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه، منع الرجوع؛ لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه، وذلك محرمٌ، إلاّ أن نقول إن الزيادة المنفصلة للأَب، فلا يمنع الرجوع؛ لأنّه يرجع فيهما جَمِيعاً، أو يرجع في الأم، ويتملك الولد من مال ولده.
ينظر المغني ٨/ ٢٦٤ ـ ٢٦٧.

وأما المعوض فإنه لا يرجع على الواهب؛ لأن مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له وإسقاط حق التبرع[(١)]، وقد سلم له ذلك، وَإنما لم يرجع على الموهوب له.

أما إذا كان بغير أمره؛ فلأنه تَبرع بإسقاط الحق عنه، فلا يملك أن يجعل ذلك مضموناً عليه،

وأما إذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضاً، إلاَّ إذا قال له عوض عني على أني ضامن؛ لأنه إذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه، بل هو متبرعٌ به، فلم يوجب ذلك الضمان على الآمر إلا بشرط الضمان.

وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره: أطعم عن كفارة يميني، أو أَدِّ زكاتي، ففعل، لا يرجع بذلك على الآمر إلاَّ أن يقول له: علىٰ أني ضامن؛ لأنه أمره بما ليس بمضمون عليه، بخلاف ما إذا أمره غيره بقضاء الدين فقضاه؛ أنه يرجع على الآمر وَإن لم يقل علىٰ أني ضامن نَصًّا؛ لأن قضاء الدين مضمون على الآمر، فإذا أمره به فقد ضمن له.

ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة، كان عوضاً عن نصفها، وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه؛ لأن حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ.

ألا ترى أنه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف، جاز، فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف؛ بخلاف العفو عن القصاص والطلاق؛ لأن ذلك مما لا يتجزأ، فكان إسقاط الحق عن البعض إسقاطاً عن الكل.

وَأما العوض المشروط في العقد، فَإن قال: وهبت لك هذا الشيء على أن تعوض هذا الثوب، فقد اختلف في ماهية هذا العقد، قال أصحابنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ أن عقده عقد هبة، وجوازه جواز بيع، وربما عبروا أنه هبة ابتداءً بيعٌ انتهاء؛ حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم، ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض، ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضَا؛ وكذا إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، فلكل واحد منهما أن يرجع، القابض وغير القابض فيه سواء، حتى يتقابضا جميعاً، ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع، يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية، ويرجع/ في الاستحقاق، وتجب الشفعة إذا كان غير منقول. ٣/١٩٦ب

وقال زفر ـ رحمه الله ـ: عقدُهُ عقدُ بيع، وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاءً، وتثبت فيه أحكام البيع، فلا يبطل بالشيوع، ويفيد الملْك بنفسه من غير شريطة القبض، ولا يملكان الرجوع.

---

(١) في أ: الرجوع.

وجه قوله إن معنى البيع موجود في هذا العقد؛ لأن البيع تمليك العين بعوض وقد وجد، إلا أنه اختلفت العبارة، واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم، كلفظ البيع مع لفظ التمليك.

ولنا: أنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع، فيعطى شبه العقدين، فيعتبر فيه القبض والحيازة عملاً بشبه الهبة، ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية وحق الشفعة؛ عملاً بشبه البيع؛ عملاً بالدليلين بقدر الإمكان، والله عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ومنها ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع:

الأول: صلة الرحم المحرم، فلا رجوع في الهبة لذي رحم محرم من الواهب؛ وهذا عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: يرجع الوالد فيما يهب لولده؛ احتجَّ بما روينا عَنِ النبيِّ عليه الصلاة والسلام أنه قال: «لاَ يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ إِلاَّ الوَالِدَ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ» وهذا نَصٌّ في الباب.

ولنا: ما روينا عنْ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ أنه قال: «الوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا [لَمْ][1] يُثَبْ مِنْهَا»أي: لم يعوض، وصلة الرحم عوضٌ معنى؛ لأن التواصل سبب التناصر[2] والتعاون في الدنيا، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة[3] وسبب الثواب في الدار الآخرة، فكان أقوى من المال، وقد روي عَنْ رسول الله ـ ﷺ ـ أنه قال: «اتقُوا الله وَصِلُوا الأَرْحَامَ؛ فَإِنَّهُ أَبْقَىٰ لَكُمْ فِي الدُّنْيَا وَخَيْرٌ لَكُمْ فِي الدَّارِ الآخِرَةِ»[4] فدخل تحت النص.

وروي عن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: من وهب هبة لصلة رحمٍ أو على وجه صدقه؛ فإنه لا يرجع فيها، وهذا نص في الباب.

والحديث محمولٌ على النهي عن شراء الموهوب؛ لكنه سماه رجوعاً مجازاً؛ لتصوره بصورة الرجوع، كما روي أن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ تصدق بفرس له على رجل، ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه، فَسَأَلَ رَسُولَ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَال: لاَ تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ وسيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ قصد الشراء لا العود في الصدقة، لكن سماه عوداً؛ لتصوره

---

(١) سقط من ط. (٢) في أ: التظاهر.

(٣) في أ: النفس.

(٤) ذكره الهندي في كنز العمال (٣/٣٥٦)، وعزاه إل عبد بن حميد وابن جرير في تفسيرهما عن قتادة مرسلاً.

وكذا السيوطي في الدر المنثور (٤/١٠٧)، وعزاه إلى ابن أبي حاتم وأبي الشيخ.

بصورة العود، وهو نهي ندب؛ لأن الموهوب له يستحي فيسامحه في ثمنه، فيصير كالراجع في بعضه، والرجوعُ مكروه، وهذا المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده؛ لأن الولد لا يستحي عن المضايقة [في استيفاء الثمن][1] لمباسطة بينهما عادةً، فلم يكره الشراء، حملناه على هذا توفيقاً بين الدليلين؛ صيانةً لهما عن التناقض.

ولو وهب لذي رحم [غير][2] محرم فله أن يرجع؛ لقصور معنى الصلة في هذه القرابة، فلا يكون في معنى العوض؛ وكذا إذا وهب لذي محرم لا رحم له؛ لانعدام معنى الصلة أصلاً.

ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبياً، فإما إن كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً، وإما إن كان المولى والعبد جميعاً ذوي رحم من الواهب، فإن كان العبد ذا رحم محرم من الواهب والمولى أجنبياً، فله أن يرجع بلا خلافٍ بين أصحابنا؛ لأن حكم العقد يقع للمولى، وإنما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكمٍ، وأنه لا يفيد معنى الصلة[3]، فانعدم معنى العوض أصلاً.

وإن كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً اختلفوا فيه؛ قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه: ـ يرجع، وقال أبو يوسف ومحمدٌ ـ رحمهما الله ـ: لا يرجع.

وجه قولهما إن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة؛ لأنها في معنى العوض على ما بينا، ومعنى الصلة إنما يتحقق لوقوع الحكم للقريب، والحكم وقع للمولى، فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء، وأنه يمنع الرجوع؛ كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة؛ لأنها وقعت للعبد؛ ألا ترى أن القبض إليه لا إلى المولى، وإنما ثبت ضرورة تعدد الإثبات للعبد، فأقيم مقامه، وإذا لم يثبت[4] الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد، فلا يمنع الرجوع، مع ما أن الملك يثبت له بالهبة، لكن الهبة وقعت للمولى/ من وجه وللعبد من وجه؛ لأن الإيجاب أضيف إلى العبد والملك وقع للمولى إذا لم يكن دين، فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة، فصارت كالهبة لذي رحم محرم، فإن كانا جميعاً ذا رحم محرم من الواهب، فقد ذكر الكرخي عن محمد أن قياس قول أبي حنيفة أن يرجع؛ لأن قرابة العبد لا تؤثر في إسقاط الرجوع؛ لأن ٣/١٩٧أ

(١) في ط: في الثمن لاستيفاء الثمن.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ط: العلة.
(٤) في ط: ثبت.

الملك لم يقع له، وقرابة المولى أيضاً لا تؤثر فيه؛ لأن الإيجاب لم يقع له، وحق الرجوع هو الأصل في الهبة؛ والامتناع معارض المسقط، ولم يوجد، فلا يسقط.

وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني أنه ليس له أن يرجع في هذه المسألة في قولهم؛ لأن الهبة إما أن يعتبر فيها حال العبد، أو حال المولى، وأيهما كان فرحمة كاملة، والصلة الكاملة تمنع الرجوع.

والجواب: أنه لا يعتبر هٰهنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده، بل يعتبر حالهما جميعاً واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع، والله ـ عَزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وَعَلَىٰ هذا التفريع إذا وهب لمكاتب شيئاً وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب أنه إن أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها، إن كان أجنبياً يرجع، وإن كان قريباً لا يرجع؛ لأنه لما أدى فعتق استقر ملكه، فصار كأن الهبة وقعت له وهو حُرٌّ، ولو كان كذلك يرجع إن كان أجنبياً، وَإن كان قريباً لا يرجع؛ كذا هذا.

وَإن عجز ورد في الرق، فقياس قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها، إن كان أجنبياً فللواهب أن يرجع، وَإن كان قريباً فليس له أن يرجع؛ بِنَاءً على أن الهبة عنده أوجبت ملكاً موقوفاً على المكاتب وعلى مولاه؛ على معنى أنه إن أدى فعتق تبين أن الملك وقع له من حين وجوده، وَإن عجز ورد في الرق يظهر أنه وقع للمولى من وقت وجوده؛ كأن الهبة وقعت له من الابتداء، وعلى قول محمد لا يرجع في الأحوال كلها؛ لأن عنده كسب المكاتب يكون المكاتب من غير توقف، ثم ينتقل إلى المولى بالعجز؛ كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب إلى ورثته.

الثاني: الزوجيةُ، فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه؛ لأن صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة، بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال، فلا يدخلها حجبُ الحرمان، والقرابةُ الكاملة مانعةٌ من الرجوع؛ فكذا ما يجري مجراها.

الثالث: التوارثُ، فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها؛ لأن الهبة من الفقير صدقة؛ لأنه يطلب بها الثواب كالصدقة، ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها؛ لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى، وَإن لم يكن عوضاً في الحقيقة؛ إذ العبد لا يستحق على مولاه عوضاً.

ولو تصدق على غني، فالقياس أن يكون له حق الرجوع؛ لأن التصدق على الغني يطلب منه العوض عادةً، فكان هبة في الحقيقة، فيوجب الرجوع، إلا أنهم استحسنوا وقالوا: ليس له أن يرجع؛ لأن الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنياء.

ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيالٌ لا يكفيه ما في يده، ففي الصدقة عليه ثواب، وَإذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة، فإذا أتى بلفظة الصدقة دَلَّ أنه أراد به الثواب، وأنه يمنع الرجوع؛ لما بينا.

وأما الشيوع فنقول: لا يمنع الرجوع في الهبة، فللواهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً، وَإن كان محتملاً للقسمة؛ بأن وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً، كان للواهب أن يرجع في الباقي؛ وكذا لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له، فله أن يرجع في بعضها دون البعض؛ بخلاف الهبةِ المستقبلة أنها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة؛ لأن القبض شرط جواز العقد، والشياع يخل في القبض الممكن من التصرف، والرجوع فسخ، والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ، فلا يكون الشيوع مانعاً من الرجوع.

٣/١٩٧ب وأما بيانُ ماهيةُ الرجوعِ وحكمه/ شرعاً، فنقولُ وبالله التوفيق: لا خلاف في أن الرجوعَ في الهبة بقضاء القاضي فسخٌ، واختلف في الرجوع فيها بالتراضي، فمسائل أصحابنا تدلُ على أنه فسخ أيضاً؛ كالرجوع بالقضاء، فإنهم قالوا: يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة، ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع؛ وكذا لا تقف صحته على القبض.

ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض وكذا لو وهب لإنسان شيئاً ووهبه الموهوبُ له لآخر، ثم رجع الثاني في هبته، كان للأول أن يرجع، ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع، فهذه المسائل تَدُلُ على أن الرجوع بغير قضاء فسخٌ، وقال زفر: إنه هبةٌ مبتدأة.

وجه قوله إن ملك الموهوب عَاد إلى الواهب بتراضيهما، فأشبه الرد بالعيب، فيعتبر عقداً جديداً في حَق ثالث؛ كالرد بالعيب بعد القبض، والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكر محمد في «كتاب الهبة»: إن الموهوبَ له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث، وهذا حكم الهبة المبتدأة.

وَلَنَا: إن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه، واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي، والدليلُ على أنه مستوف حق نفسه بالفسخ أن الهبةَ عقدٌ جائزٌ موجبٌ حق الفسخ، فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا يقف على القضاء؛ بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث؛ لأنه لا حق للمشتري في الفسخ، وَإنما حقه في صفة السلامة، فإذا لم يسلم اختل رضاه، فيثبت حق الفسخ ضرورة، فتوقف لزوم موجب[١] الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي.

---

(١) في أ: حق.

وأما ما ذكره محمدٌ؛ فمن أصحابنا من التزم وقال: هذا يَدُلُّ على أن الرجوع بغير قضاءٍ هبةٌ مبتدأة، وما ذكرنا من المسائل يدل على أنه[١] فسخ، فكان في المسألة روايتان، ومنهم من قال: هذا لا يدل على اختلاف الروايتين؛ لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهماً في الرد في حق ورثته، فكان فسخاً فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة، وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان؛ كالإقالة، فإنها فسخ في حق العاقدين، بيعٌ جديد في حق غيرهما، وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب، ويملكه الواهب وإن لم يقبضه؛ لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك؛ كالفسخ في باب البيع، والموهوب بعد الرجوع يكون أمانةً في يد الموهوب له، حتى لو هلك في يده لا يضمن؛ لأن قبض الهبة قبض غير مضمون، فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان، فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات.

ولو لم يتراضيا على الرجوع، ولا قضى القاضي به ولكن الموهوب له وَهَبَ الموهوب للواهب، وقبله الواهب الأول - لا يملكه حتى يقبضه؛ وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه؛ وكذا الصدقة.

أما وقوف الملك فيه على القبض فلأن الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ، وملك الواهب لا يزول إلاَّ بالقبض؛ بخلاف ما إذا تَرَاضَيَا على الرجوع أن الواهب يملكه بدون القبض؛ لأن اتفاقهما على الرجوع اتفاقٌ على الفسخ، ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد، ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع؛ لأن الرجوع مستحقٌ، فتقع الهبة عن الرجوع المستحق، ولا تقع موقع الهبة المبتدأة، فلا يصح الرجوع فيها.

فصل في بيان ما يرفع عقد الهبة

وأما بيان ما يرفع عقد الهبة[٢]، فالذي يرفعُهُ هو الفسخ؛ إما بالإقالة أو الرجوع بقضاء القاضي، أو التراضي على ما بينا، وَإذا انْفَسَخَ العقد يعودُ الموهوب إلى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ، من غير الحاجة إلى القبض؛ لما ذكرنا فيما تقدم.

(١) في ط: أنها.
(٢) في أ: حكم.

كِتَابُ الرَّهْنِ(١)

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع:

---

(١) الرهن يطلق لُغَةً على العين المرهونة.
قال ابن سيده: الرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه يقال: رهنت فلاناً رهناً، وارتهنته إذا أخذه رهناً، والرهينة - واحدة الرهائن - الرهن. والهاء للمبالغة كالشتيمة والشتم، ثم استعملا في معنى المرهونة، فقيل: هو رهن بكذا، أو رهينة بكذا.
وفي الحديث: «كل غُلاَمٍ رهينة بعَقيقَةٍ».
ومعناه: أن العقيقة لازمة له لا بد منها، فشبهه في لزومها، وعدم انفكاكه منها بالرهن في يد المُرْتهن.
قال الخطابي: تكلم الناس في هذا، وأجود ما قيل فيه ما ذهب إليه محمد بن حنبل، قال: هذا في الشفاعة، يريد أنه إذا لم يَعُقَّ عنه، فمات طفلاً لم يشفع في والديه، أي: أن كل غلام محبوس، ومرهون عن الشفاعة بسبب ترك العقيقة عنه.
وقيل: معناه أنه مرهون بأذى شَعَرِهِ، واستدلوا بقوله: «فأمِيطُوا عنه الأذى» وهو ما علق به من دم الرَّحم.
ورهنه الشيء يرهنه رهناً، ورهنه عنده، كلاهما بعلمه عنده رهناً، وَرهنه عنه جعله رهناً بدلاً منه.
قال الشاعر: [الكامل]:

ارْهَنْ بُنَيْكَ عَنْهُمْ وَأَرْهَنْ بَنِي

أي: أرهن أنا بنيَّ كما فعلت أنت.
ويطلق على الدوام والحبس.
قال ابن عرفة: الرهن في كلام العرب: هو الشيء الملزم، يقال: هذا راهن لك، أي: دائم محبوس عليك، وقوله تعالى: ﴿كل نفس بما كَسَبَتْ رهينةٌ﴾ و﴿كل امرىء بما كسب رهين﴾ أي: محتبس بعمله، ورهينة محبوسة بكسبها.
وحديث: ﴿نفس المؤمن مرهونة بدَيْنِهِ حتى يقضى عنه﴾ أي: محبوسة عن مقامها الكريم.
قال الشاعر: [البسيط]

وَفَـارَقَـتْـكَ بِـرَهْـنٍ لا فـكَـاكَ لَـهُ ... يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

شبه لُزُومَ قلبه لها، واحتباسه عندها لشدة وَجْدِهِ بِهَا، بالرهن الذي يلزمه المرتهن، فيبقيه عنده، ولا يفارقه، وكل شيء ثبت ودَامَ فقد رهن، ورهن لك الشيء. أقام ودام، وطعام راهن مقيم.
وأنشد الأعشى يصف قوماً يشربون خمراً لا تنقطع: [البسيط]

لاَ يَسْتَفِيقُونَ منهـا وَهْـيَ رَاهِـنَـةٌ ... إلاَّ بِـهَـاتِ وَإنْ عَـلُّـوا وإن نَـهَـلُـوا

ورهن الشيء رهناً دام وثبت، وراهنة في البيت ثابتة، ورهين والرهن اسمان. =

....

= انظر: لسان العرب: ٣/ ١٧٥٧ ـ ١٧٥٨، المصباح المنير: ١/ ٣٣٠، الصحاح: ٢١٢٨/٥، المغرب: ٣٥٦/١.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون.

وعرفه الشافعية بأنه: جعل عين مال متمولة وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر وفائه.

وعرفه المالكية بأنه: مال قبضه توثقاً به من دين.

وعرفه الحنابلة بأنه: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه من ذمة الغريم.

انظر: تكملة فتح القدير: ١٠/ ١٣٥، مجمع الأنهر: ٢/ ٥٨٤، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير: ١٠٩/٢٠، مغني المحتاج: ٢/ ١٢١، حاشية الدسوقي: ٣/ ٢٣١، أسهل المدارك: ٢/ ٢٦٦، الإقناع من فقه الحنابلة: ٢/ ١٥٠، المغني لابن قدامة: ٤/ ٣٦١.

وحكمة المشروعية من الله سبحانه وتعالى شرع الأحكام كفيلة بسعادة الناس في الدارين، ونظم العلاقات تنظيماً بديعاً متقناً؛ كيلا يكون هناك مَجَالٌ للشقاق بين الأفراد والجماعات، فتبقى الروابط وثيقة بين الجميع، لهذا وضع نِظَام المُبَادلات، ولم يَدعِ الناس لأهوائهم التي لا تقف عند حد، وأبان طُرُقَ التعامل الصحيح الذي تترتب عليه آثاره.

ففي البيع مثلاً تستقر الملكية، ويسوغ التصرف، وَيُبَاحُ الانتفاع، وفي الإجارة يستحق المكتري المنفعة، وفي الرهن يصير المرتهن أحق بالمرهون، ويصبح آمناً على ماله من الذهاب، فلا يخشى إفلاس مدينه، أو جحوده، أو مطله، وإذا نظرنا نظرة ثاقبة في أحوال الناس، رأينا الذمم سريعة التغير، فكم من أمين أصبح خائناً، ومن هادىء وادع قد ساءت أخلاقه، ومن عاقل قد غره تيار المدينة، وغلبت عليه المظاهر الكاذبة؛ ولهذا نرى فُلاناً الغني بالأمس مُعْدَما قد أثقلته الديون، وعجز عن قضائها، فانتزعت أملاكه، وبيعت في المزاد العلني، بل إن بعض الناس قد يحتال، فيستولي على بَضَائع من التجار، أو على مال من بعض الناس مُدّعياً أنه من ذوي الثَّراء، متظاهراً بمظهر كاذب خادع، ثم يتبين أنه محتال، لا يملك نقيراً ولا قِطْميراً، والحوادث ماثلة أمام أعيننا، ينشر كل يوم في الصحف منها ما يعد بالعشرات، وهذا مما يقلل الشفعة، ويحمل على قبض الأيدي عن البذل، لمن يدعي الحاجة، ويلج في الحصول على شيء من النقود أو العروض، أو غير ذلك. ومن هنا نستطيع أن ندرك حِكْمَةَ الشَّارع الحكيم في شرعه الرهن، وما يماثله من طرق التوثق، كالكتابة والشهادة والضمان، ومن تأمل يرى أن المنفعة فيه مُزْدَوَجَةٌ، وليست قاصرةً على المرتهن، بل يشاركه الراهن فيها أيضاً؛ إذ قد تدعوه الحاجة إلى مَدّ يده إلى الغير مقترضاً، كأن تنفد مؤونة أهله، وليس عنده مال يشتري به طعاماً، ويمسك الناس عن معاملته، فلا يقرضونه، أو يبيعونه إلى أجل، أو يمرض قريبه، فيحتاج إلى عرضه على الطبيب، أو شراء الدواء له، فلا يجبر إلاَّ الرهن أو نحوه مُخَلِّصاً له من حيرته، ومُيَسِّراً لحاجته، لا سيما هذا الزمن الذي تغلبت فيه المادة، وسيطرت على النفوس، وقلّت فيه المروءة، وذهبت النجدة، وساءت الظنون، وغاص الوفاء، فلا يعتمد فيه على أقارب، ولا أصدقاء وحلّت الخصومات محلّ الإخاء، ونسي الناس أو تناسوا أن الأمة الإسلامية أسرة واحدة، بل جِسْمٌ واحد، إذا اشْتكى منه عضو تَدَاعَىٰ له سائر جَسَدِهِ بالسهر والحمّى، وأنهم كالبنيان يشد بعضه بعضاً، فلولا الرهن وما شابهه من الوثائق، لمات الفقير جوعاً، ولم=

في بيان ركن عقد الرهن.

وفي بيان شرائط الركن.

٣/١٩٨أ وفي/ بيان حكم الرهن.

وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه مرهوناً، وما يبطل به الركن وما لا يبطل، وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل.

أمّا ركن عقد الرهن فهو الإيجاب والقبول[1]، وهو أن يقول الراهن: رهنتُك هذا الشيء بما لك عليّ من الدين، أو يقول هذا الشيء رهن بدينك، وما يجري هذا المجرى، ويقول المرتهنُ: ارتهنت، أو قبلت، أو رضيت، وما يجري مجراه.

= ير من يمد إليه يد المعونة، ولظلّ المريض يعاني آلام المرض، فلا يجد من يضمد جُرْحَهُ، ويَنْتَشِلُهُ من آلامه، ولقبض الميت، فما وجد أهله ما يكفنونه.

فنعمت الأحكام، ونعم المشرع، ولا غرو فإنها نعمة عظيمة، تيسّر الوصول إلى المال، أو القوت من طرق مشروعة، فلولاها لاضطر أصحاب الفاقة إلى الربا، تحت تأثير الشدة التي يعانونها، أو إلى الانتحار تخلصاً من حياة مليئة بالألم والشقاء، أو إلى السرقة أو الغصب إلى غير ذلك، مما يجرُّ على العالم ويلات، ويوقعه في كوارث، وينخر في عظام الأمة الإسلامية، فسبحانه من إله حكيم عالم بأصل الداء، واصف له أنجع دواء.

على أن الراهن قد يرهن كرائم أمواله، ونفائسها التي تعز عليه؛ وتأبى نفسه بيعها، فينتهز أقرب الفرص لإنقاذها، ويقلل من الكماليات؛ كيلاً يتحكّم فيه المرتهن، ويزهو عليه، ويفقده أعز ما يعده متعة لنفسه، فيباع في الأسواق بثمن بخس.

هذا إذا كان ناضج التّعقّل، سليم التفكير لا يلهو بحاضره عن غده، ولست مبالغاً إذا قلت: إن الراهن هو صاحب المنفعة الأصلية؛ لأن ينتفع بالمال حتى يحلّ وقت الأداء، وقد يكون حين الحصاد، أو جنى القطن، أو نضج الثمار، فيستبدل العُسْرُ يُسْراً، والشدة رخاءً، فيستعيد ماله المرهون بعد الوفاء، فأي غبن وقع عليه؟ وأي حيف لحقه؟ ألم يكن في الرهن محافظة على ماله من الفناء بأبخس الأثمان؟ لا سيما إذا عرف المشتري أنه في حالة اضطرار؟ فقد يشتري منه المنزل الذي يساوي ألفاً بخمسمائة مثلاً على أكثر تقدير، إذا تعين البيع وحده؛ لسدِّ رمقه، وانتشال أسرته مما هي فيه من بُؤْسٍ، أما المرتهن، فإنه أفاد الطمأنينة على ماله فقط.

وبهذا يكون قد تحقّق معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ» وأنه الحالة الحاضرة التي تدعو إلى الأسف، وتمزق الأحشاء، وتذيب القلوب، فتبيح للمرتهن الانتفاع بالمرهون بالإذن الجبري في صورة الاختياري، أو فرض ربح رسمي على المائة ليست من الدين في قليل أو كثير، وهي مندرجة تحت آيات، وأحاديث الرِّبَا.

(١) أو ما يقوم مقامهما من كتابة أو إشارة. وهذا قدر مشترك فيها اتفقت عليه المذاهب.

فأما لفظ الرهن فليس بشرطٍ؛ حتى لو اشترى شيئاً بدراهم ودفع إلى البائع ثوباً، وقال له: امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن، فالثوب رهن؛ لأنه أتى بمعنى العقد، والعبرة في باب العقود للمعاني[1].

فصل في تفصيل الشرائط

وأما الشرائط فأنواعٌ: بعضها يرجع إلى نفس الرهن، وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع إلى المرهون، وبعضها يرجع إلى المرهون به.

أما الذي يَرْجِعُ إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقاً بشرط ولا مضافاً إلى وقت، لأن في الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء، فيشبه البيع، وأنه لا يحتمل التعليق بشرط والإضافة إلى وقت؛ كذ هذا.

وأما الذي يَرْجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما؛ حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل.

فأما البلوغُ: فليس بشرط؛ وكذا الحريةُ؛ حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون؛ لأن ذلك من توابع التجارة، فيملكه من يملك التجارة[2]؛ ولأن الرهن والارتهان من باب إيفاء

---

(١) وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة وأصحاب الشافعي في وجه لهم إلى أنه لو حصل الرضى بمعاطاة جاز بأن يدفع الراهن المرهون للمرتهن فيأخذه منه من غير تكلم ولا إشارة مع وجود ما يدل على أنه رهن.
والوجه الثاني لأصحاب الشافعي: أنه لا يجوز بالمعاطاة.
فإن تقدم الإيجاب على القبول ـ كما هو الشأن والوضع الطبعي كرهنت كذا بما لك علي فيقول قبلت ـ صح بلا خلاف. وإن تقدم القبول على الإيجاب بلفظ الماضي كارتهنت منك كذا بديني عليك فيقول رهنتك صح لأن لفظ الإيجاب والقبول صدرا منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما فصح كما لو تقدم الإيجاب. وإن تقدم بلفظ الطلب فقال: أرهني ثوبك بما لي عليك فقال: رهنتك ففيه روايتان عن أحمد. إحداهما الصحة وهو قول مالك والأظهر من قول الشافعي والثانية لا يصح وهو مقابل الأظهر عند الشافعي إذ يجوز أن يكون لاستبانة الرغبة كلفظ الاستفهام مثل أن يقول أترهنني؟ فلم يكن قبولاً. فإن تقدم بلفظ الاستفهام كأن يقول أترهنني؟ فيقول رهنتك لم يصح بلا خلاف.
فإذا رأينا الحنفية يجعلون ركن الصيغة فقط وما عداها مما ذكر شروطاً علمنا أنه مجرد اعتبار وخلاف لفظي إذ لا بد من صدورها من راهن ومرتهن ويلزم ذلك أن يكون هناك مرهون ومرهون. ينظر الرحمن لشيخنا حسن مصطفى.

(٢) شرط الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية فيهما العقل فقط فأجازوا عقد الرهن وغيره من الصبي المميز والسفيه المأذون لهما فإذا لم يكن الإذن سابقاً كان موقوفاً على إجازة وليهما.
زاد الشافعية البلوغ والرشد وأهلية التبرع فلم يصح من الصبي والسفيه مطلقاً والوصي إلا لضرورة أو غبطة وهذا الخلاف ليس خاصاً بالرهن بل عام في جميع أبواب المعاملات. =

الدين واستيفائه، وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط؛ لجواز الرهن؛ فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعاً[1]؛ لما روي أن رسولَ الله - ﷺ - استقرض بالمدينةِ من يهودي طعاماً

= استدل الأولون بقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾.

إذ معناه: اختبروهم لتعلموا رشدهم وإنما يتحقق ذلك بتفويض التصرف إليهم من البيع والشراء والرهن وغير ذلك ليعلم هل تغيروا أو لا. يرد على هذا الدليل أن الاختبار لا يتوقف على تفويض التصرف بل يكفي فيه أن يفوض الولي إليه تدبير العقد والأخذ والرد فإذا ما انتهى الأمر إلى العقد تولاه الولي.

على أن الآية قد جعلت إعطاء المال بعد إيناس الرشد إذ هو معلق عليه وما ذكروه يخالفه.

عاقل مميز محجور عليه فيصح تصرفه بإذن وليه كالعبد.

وقيس السفيه على الصبي المميز إذ الحجر على الصبي أعلا من الحجر عليه فهنا أولى بالصحة. وبأنه لو منع تصرفه بالإذن لم يكن هناك طريق إلى معرفة رشده واختباره وبأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح أي البيع وكذا الرهن.

في هذه الأدلة الثلاثة بحث إذ هي مقابلة للنص: الآية: ﴿وابتلوا الخ﴾ والحديث «رفع القلم الخ» فتكون باطلة وسيظهر التقابل قريباً واتضح أن الاختبار لا يتوقف على تفويض التصرف والسفيه كالصبي وجه الشافعية والحنابلة في الرواية المرجوحة بما روي عن صاحب الرسالة ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق».

وجه الدلالة: أنه لو صح منه بيع أو رهن أو إجارة أو غير ذلك لزم منه وجوب التسليم على الصبي وقد صرح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء وقيل: إن مقتضى الحديث سقوط أقواله وأفعاله.

وبأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح التصرف لخفائه ونموه نمواً خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة.

وبأنه تصرف في المال فلم يفوض إلى الصبي كحفظ المال.

والشقي لا يصح رهنه أو الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلا يصح كما لو أذن له في بيع ما يساوي عشرة بخمسة فكذلك إذا رهن.

والذي أرجحه اشتراط البلوغ والرشد في كل عاقد لما في ذلك من المحافظة على المال وقوة الأدلة. ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى.

(١) للعلماء في جواز الرهن في الحضر رأيان وأحدهما؛ الجواز وهو رأي الجمهور «وثانيهما» يرى المنع وهو رأي مجاهد والضحاك وداود.

روي عن أنس رضي الله عنه قال: «رهن رسول الله ﷺ درعاً عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله».

فالتصريح بالمدينة نص في جوازه في الحضر.

والحاجة قد تدعو إلى الاقتراض في حال قد تتعذر فيها الكتابة أو تشق.

فقد لا يوجد الكاتب أو أداة الكتابة وهذا هو المعنى الذي شرع من أجله الرهن وإنما علق على السفر لأنه يغلب فيه ذلك فلا مفهوم له.

قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾. =

ورهنه به درعه، وكان ذلك رهناً في الحضر؛ ولأن ما شرع له الرهن ـ وهو الحاجة إلى توثيق الدين ـ يُوجد في الحالين، وهو [الأمن من][(١)] تواء الحق بالجحود والإنكار، وتذكره عند السهو والنسيان، والتنصيص على السفر في كتاب الله ـ تعالى، عزَّ وجلَّ ـ [ليس لتخصيص الجواز، بل هو إخراج][(٢)] الكلام مخرج العادة؛ كقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور:٣٣].

وأما الذي يرجع إلى المرهون فأنواعٌ:

منها أن يكون محلاً قابلاً للبيع، وهو أن يكون موجوداً وقت العقد مالاً، مطلقاً، متقوماً، مملوكاً، معلوماً، مقدورَ التسليم؛ ونحو ذلك، فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم، كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام، أو ما تلد أغنامه السنة، أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك.

ولا رهن الميتة والدم؛ لانعدام ماليتهما، ولا رهن صيد الحرم والإحرام؛ لأنه ميتةٌ، ولا رهن الحر؛ لأنه ليس بمال أصلاً، ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب؛ لأنهم أحرارٌ من وجهٍ؛ فلا يكونون أموالاً مطلقة.

ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم، سواء كان العاقدان مسلمين، أو أحدهما مسلم؛ لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم؛ وهذا لأن الرهن إيفاء الدين، والارتهان استيفاؤه، ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر واستيفاؤه، إلا أن الراهن إذا كان ذميًّا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن؛ لأن الرهن إذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة[(٣)] المغصوب في يد المسلم، وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب، وَإذا كان الراهن مسلماً والمرتهنْ ذميًّا لا تكون مضمونةً على أحدٍ[(٤)].

وأما في حق أهل الذمة فيجوزُ رهنُ الخمر والخنزير وارتهانهما منهم؛ لأن ذلك مالٌ متقوّمٌ في حقهم؛ بمنزلة الخل والشاة عندنا[(٥)]، ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها؛ لأنها ليست بمملوكةٍ في أنفسها.

= وذلك أن الله تعالى شرط السفر في جواز الرهن وعلقه عليه فلا يجوز في غيره.
أي التقييد به للغالب فلا مفهوم له.

(١) في ط: الرهن عن.
في أ: ليس للتقييد به بل أخرج.

(٢) في أ: تقوم.

(٣) في أ: في حكم.

(٤) في أ: الذمي.

(٥) في أ: في حقنا.

فَأَمَّا كونه مملوكاً للراهن، فليس بشرط لجواز الرهن، حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية؛ كالأب والوصي يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه؛ لأن الرهن لا يخلو إما أن يجري مجرى الإيداع، وَإما أن يجري مجرى المبادلة، والأب يلي كل واحد/ منهما في مال الصغير؛ فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه، ويودع مال الصغير، فإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الأب، هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به؛ لأن الرهن وقع صحيحاً، وهذا حكم الرهن الصحيح، وضمن الأب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن؛ لأنه قضى دين نفسه بمال ولده[١]، فيضمن. فلو أدرك الولد والرهن قائمٌ عند المرتهن، فليس له أن يسترده قبل قضاء القاضي؛ لما ذكرنا أن الرهن وَقَعَ صَحيحاً؛ لوقوعه عن ولاية شرعية، فلا يملك الولدُ نَقْضَهُ، ولكن يؤمر الأب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده؛ لزوال ولايته بالبلوغ.

١٩٨/٣ب

ولو قضى الولد دَيْنَ أبيه وافتك الرهنْ، لم يكن متبرعاً، ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطرٌ إلى قضاء [هذا][٢] الدين؛ إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله، فكان مضطراً فيه، فلم يكن متبرعاً، بل يكون مأموراً بالقضاء من قبل الأب دلالةً، فكان له أنْ يَرْجِعَ عليه بما قضى، كما لو استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن، ثم إن المعير قَضَىٰ دين المستعير وافتك الرهن، أنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

وكَذلك حُكْمُ الوصيِّ في جميع ما ذكرنا[٣] حُكْمُ الأب، وَإنما يفترقان في فصل آخر؛ وهو أنه يجوز للأب أن يرتهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير، وإذا هلك يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، وإذا أدرك الولد، ليس له أن يسترده إذا كان الأب يشهد على الارتهان، وإن كان لم يشهد على ذلك[٤] لم يصدق عليه بعد الإدراك، إلا بتصديق الولد، ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه، ويحبسه لأجل الولد، وَإذا هلك بعد ذلك فيهلك بالأقل من قيمته، ومن الدين إذا كان أشهد عليه قبل الهلاك، وَإن كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق، إلا أن يصدقه الولد بعد الإدراك، والوصي لو فعل هذا من اليتيم لا يجوزُ رهنه ولا ارتهانه.

أَمَّا عَلى أصل محمد فلا يشكل؛ لأنه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه، ولا شراء ماله لنفسه أصلاً؛ فكذلك الرهن، وعلى قولهما إن كان يجوز البيع والشراء؛ لكن إذا كان خيراً لليتيم ولا خير له في الرهن؛ لأنه يهلك أبداً بالأقل من قيمته ومن الدين، فلم يكن فيه خير لليتيم، فلم يجز.

---

(١) في أ: في يده.
(٢) سقط من ط.
(٣) في أ: ما قلنا.
(٤) في أ: العقد.

وكذلك يجوز رهن مال الغير بإذنه؛ كما لو استعار من إنسان شيئاً ليرهنه بدين على المستعير؛ لما ذكرنا أن الرهن إيفاء الدين وقضاؤه، والإنسان بسبيل من أن يقضي دين نفسه بمال غيره بإذنه، ثم إذا أذن المالكُ بالرهن، فإذنُهُ بالرهن لا يخلو إما إن كان مطلقاً، وإما إن كان مقيداً، فإن كان مطلقاً فللمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير، وبأي جنس شاء، وفي أي مكانٍ كان، ومن أي إنسان أراد؛ ولأن العمل بإطلاق اللفظ أصلٌ.

وإن كان مقيداً؛ بأن سمَّى قدراً أو جنساً أو مكاناً أو إنساناً يتقيد به، حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة، لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل؛ لأن المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن والإذن لم يتناول الزيادة، فلم يكن له أن يرهن بالأكثر ولا بالأقل أيضاً؛ لأن المرهون مضمونٌ، والمالك إنما جعله مضموناً بالقدر، وقد يكون له في ذلك غرض صحيحٌ فكان التقييد به مفيداً.

وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس، لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر؛ لأن قضاء الدين من بعض الأجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيداً؛ وكذا إذا أذن له أن يرهنه بالكوفة، لم يجز له أن يرهنه بالبصرة؛ لأن التقييد بمكانٍ دون مكانٍ مفيدٌ، فيتقيد بالمكان المذكور.

وكذا إذا أذن له أن يرهنه من إنسان بعينه، لم يجز له أن يرهنه من غيرِهِ؛ لأن الناس متفاوتون في المعاملات، فكان التعيين مفيداً، فإن خالف في شيء مما ذكرنا فهو ضامنٌ لقيمته إذا هلك؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، فصار غاصباً، وللمالك أن يأخذ الرهنَ من يد المرتهن؛ لأن الرهن لم يصحَّ، فبقي المرهون في يده بمنزلة المغصوب، فكان له/ أن يأخذه ٣/١٩٩أ منه، وليس لهذا المستعير أن ينتفع بالمرهون، لا قبل الرهن ولا بعد الانفكاكِ، فإن فعل ضمن؛ لأنه لم يأذن له إلاَّ بالرهن، فإن انتفع به قبل أن يرهنه، ثم رهنه بمثل قيمته، برىء من الضمان حين رهن، ذكره في الأصل؛ لأنه لما انتفع به فقد خالف، ثم لما رهنه فقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان؛ كالمودع إذا عاد إلى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة، بخلاف ما إذا استعار العين لينتفع بها، فخالف، ثم عاد إلى الوفاق ـ أنه لا يبرأ عن الضمان؛ لأن المستعير للانتفاع ليست يده يد المالك، بل يد نفسه، حيث تعود المنفعة إليه، فلم تكن بالعود إلى الوفاق راداً للمال إلى يد المالك، فلا يبرأ عن الضمان.

فأمَّا المستعير للرهن، فيدُهُ قبل الرهن يد المالك، ، فإذَا عادَ إلى الوفاق فقد رَدَّ المال إلى يد المالك، فيبرأ عن الضمان، وإذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قَبْلَ أن يرهنه، فلا ضمان عليه؛ لأنه هلك في قبض العارية، لا في قبض الرهن، وقبضُ العارية قبضُ أمانةٍ لا قبض ضمانٍ؛ وكذلك إذا هلك في يده بعد ما افتكه من يد المرتهن؛ لأنه بالافتكاك من يد المرتهن عَادَ عاريةً، فكان الهلاك في قبض العارية.

ولو وكل الراهن - يعنى المستعير بقبض الرهن من المرتهن - أحداً فقبضه، فهلك في يد القابض، فإن كان القابض في عياله، لم يضمن؛ لأن يده كيده، والمالك رضي بيده، وإن لم يكن في عياله ضمن؛ لأن يده ليست كيده، فلم يكن المالك راضياً بيده، وإن هلك في يد المرتهن وقد رهن على الوجه الذي أذن فيه، ضمن الراهن للمعير قَدْر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن؛ لأنه[1] قضى دين نفسه من مال الغير بإذنه بالرهن، إذ الرهن قضاء الدين، ويتعذر القضاء عند الهلاك.

وكذلك لو دخله عيبٌ فَسَقَطَ بعض الدين، ضمن الراهن ذلك القدر؛ لأنه قَضَىٰ ذلك القدر من دينه بمال الغير، فيضمن ذلك القدر، فكان المستعير بمنزلة رجلٍ عنده وديعةٌ لإنسان، فقضى دين نفسه بمال الوديعة بإذن صاحبها، فما قضى يكون مضموناً عليه، وما لم يقض[2] يكون أمانةً في يده، يكون أمانةً في يده، فإن عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك، لا يكون متبرعاً، ويرجع بجميع ما قضى على المستعير.

وذكر الكرخي أنه يرجع بقدر ما كان يملك الدين به، ولا يرجع بالزيادة عليه، ويكون متبرعاً فيها؛ حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف، فقضى المالك ألفين، فإنه يَرْجِعُ على المستعير بألفين، وعلى ما ذكره الكرخي يَرْجِعُ عليه بألفٍ.

وجه قول الكرخي أن المضمون على المستعير قدر الدين؛ بدليل أنه لا يضمن عند الهلاك إلاَّ قدر الدين، فإذا قضى المالك [الزيادة على المقدر][3]، كان متبرعاً فيها.

وجه القول الآخر أن المالك مضطرٌ إلى قضاء كل الدين الذي رهن به [ماله][4]؛ لأنه علق ماله عند المرتهن؛ بحيث لا فكاك له إلا بقضاء كل الدين، فكان مضطرًا في قضاء الكل، فكان مأذوناً فيه من قبل الراهن دلالةً؛ كأنه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه، ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى؛ كذا هذا، وليس للمرتهن أن يمتنع من قبض الدين من المعير، ويجبر على القبض، ويسلم الرهن إليه؛ لأن له ولاية قضاء الدين لتخليص ملكه وإزالة العلق عنه، فلا يكون للمرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم.

فإن اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن، فقال المعير: هلك في يد المرتهن، وقال المستعير: هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما افتككته، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه؛ لأن الضمان

(١) في ط: إلا أنه.

(٢) في ط: يقبض.

(٣) في أ: المقدر على الزيادة.

(٤) سقط من ط.

إنما وجب على المستعير؛ لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير بإذنه، وهو ينكر القضاء، فكان القول قول المنكر، ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه، والأصل فيه أن كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه، وقد ذكرنا جملةً ذلك في «كتاب البيوع».

ومنها: أن يكون مقبوض المرتهن، أو من يقوم مقامه، والكلام في القبض في مواضع/ : ٣/١٩٩ب

في بيان أنه شرط جواز الرهن.

وفي بيان شرائط صحته.

وفي تفسير القبض وماهيته.

وفي بيان أنواعه.

أما الأول فقد اختلف العلماء فيه، قال عامة العلماء. إنه شرطٌ، وقياس قول زفر ـ رحمه الله ـ في الهبة أن يكون ركناً كالقبول، حتى أن مَنْ حلف لا يرهن فلاناً شيئاً فرهنه ولم يقبضه، يحنث عندنا، وعنده لا يحنث، كما في الهبة، والصحيحُ قولنا؛ لقول الله ـ تبارك وتعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[البقرة:٢٨٣] ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن، فلم يكن؛ لقوله ـ تعالى، عزَّ شأنه ـ مقبوضة معنى، فدل ذكر القبض مقروناً بذكر الرهن على أنه شرط وليس بركنٍ.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ ليس بركن ولا شرط، والصحيحُ قول العامة؛ لقوله ـ تبارك وتعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وصف ـ سبحانه وتعالى ـ الرهن بكونه مقبوضاً، فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً؛ صيانة لخبره تعالى عن الخلف؛ ولأنه عقد تبرع للحال، فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات[١].

(١) القبض في اللغة: الإمساك والتناول، يقال: قبضه بيده يقبضه، تناوله وقبض عليه بيده والقبض شرعاً: يرجع فيه إلى الشرع والعرف، وهو يختلف؛ باختلاف المال وتفصيله: أن المال إما أن يرهن من غير اعتبار تقدير فيه، أو يرهن معتبراً فيه تقدير، فالحالة الأولى التي لم يعتبر فيها تقدير؛ إما لعدم إمكانه أو مع الإمكان، فينظر إن كان المرهون مما لا ينقل؛ كالدور، والأرضين، والشجر الثابت، والثمرة على الشجرة قبل أوان الجداد، فقبضه بالتخلية بينه وبين المرتهن، وتمكينه من وضع يده، بأن يفتح الدار أو يسلمه مفتاحها، وإن كان من جملة المنقولات ففيه خلاف نبينه:

فرأى «الشافعي» في رواية راجحة، و«أحمد»، و«أبو يوسف»؛ أنه لا يكتفي بالتخلية، بل لا بد من النقل والتحويل. =

....

= ومذهب «أبي حنيفة»، و«مالك»، و«الشافعي»، في رواية مرجوحة: الاكتفاء بالتخلية يرهن أصحاب المذهب الأول بما روي عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى نتقله من مكانه»، متفق عليه بهذا اللفظ، وغيره.

وجاء من طرق عدة: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» وزاد ابن حبان، «ونهى أن يبيعه حتى يحوله»، وللحاكم، وابن حبان، وأبي داود من حديث ابن عمر، عن زيد بن ثابت بلفظ: «نهى أن تباع السلع بحيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم».

وبالعرف إذ هو جار في قبض المنقول بالنقل؛ كأن يسوق الدابة، أو يقودها.

حجة أصحاب المذهب الثاني: أن الرهن وثيقة لجهة الاستيفاء، وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بأن يخلى بين المرتهن وبين دينه، فكذلك جهته؛ إذ الحقيقة أقوى من الجهة، وما يثبت به الأقوى يثبت به الأدنى يرد هذا الدليل بأنه لم لا يجوز أن يحتاج الأدنى إلى ما يقويه ويؤكده، وبأنه لا يقاوم النص والعرف المتقدمين؛ إذ لا فارق بين القبض في البيع وغيره؛ فالرأي الأول هو الأوْلَىٰ بالاعتبار.

الحالة الثانية: أن يرهن الشيء مع اعتبار تقدير فيه؛ كما إذا رهن ثوباً أو أرضاً مزارعة، أو متاعاً موازنة، أو صبرة حنطة مكايلة، أو معدوداً بالعدد - فلا يكفي للقبض ما مر، بل لا بد مع ذلك من الزرع، أو الوزن، أو الكيل، أو العد، فلا يعتبر القبض جزافاً، ولا قبض المكيل بالوزن، والموزون بالكيل.

يؤيد هذا ما روي عن النبي ﷺ مرسلاً، ومسنداً: أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع المشتري»، ابن ماجة، والدارقطني، والبيهقي عن جابر، وفيه ابن أبي ليلى عن أبي الزبير قال البيهقي: وروي من وجه آخر عن أبي هريرة، وهو في البزار من طريق مسلم الجرمي، عن مخلد بن حسين، عن هشام بن حسان، عن محمد، عن أبي هريرة، وقال: لا نعلمه إلا من هذا الوجه.

وفي الباب عن أنس، وابن عباس أخرجهما ابن عدي بإسنادين ضعيفين جداً، وروى عبد الرزاق، عن معمر، عن يحيى بن أبي كثير؛ أن عثمان، وحكيم بن حزام: «كانا يبتاعان الثمر، ويخلطانه في غرائر، ثم يبيعانه بذلك الكيل، فنهاهما النبي ﷺ عن ذلك أن يبيعا، حتى يكيلاه لمن ابتاعه منهما، ورواه الشافعي، وابن أبي شيبة، والبيهقي عن الحسن عن النبي ﷺ مرسلاً. وقال في آخره فيكون له زيادته، وعليه نقصانه.

قال البيهقي: روي موصولاً من أوجه إذا ضم بعضهما إلى بعض قوى، ما مع يثبت عن ابن عمر، وابن عباس والرهن كذلك لا يختلف عن البيع في شيء، وروي عنه (عليه الصلاة والسلام): «إذا سميت الكيل فكل».

للمرهون حالتان: إحداهما أن يكون في يد الراهن، اتفقت المذاهب على اشتراط شرط القبض المعتبر إذنه في القبض؛ إذ أنه لا يلزمه تقبيضه، فاعتبر إذنه كالواهب، ولأن له فسخه قبل القبض؛ فلا يملك المرتهن إسقاط حقه.

والحالة الثانية: أن يكون في يد المرتهن بوديعة، أو إعارة، أو غصب.

ذهب الإمام أحمد إلى أنه يلزمُ بنفس العقد، من غير احتياج إلى أمر زائد وهو وجهٌ ضعيفٌ عند الشافعية.

ورأى أصحابُ الشافعي، والقاضي من الحنابلة؛ أنه لا يصيرُ رَهْناً حتى تمضي مدة يتأتى فيها قبضه. فإن كان منقولاً فبمضي مدة يمكن نقله فيها، وإن كان مكيلاً فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها، أو معدوداً =

....

= فبمضي مدة يمكن عده فيها، وإن كان غير منقول فبمضي مدة التخلية، وإن كان غائباً عن المرتهن لم يصر مقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله، ثم تمضي مدة يمكن قبضُه فيها.

يدل على الرأي الأول: أن اليد ثابتة، والقبض حَاصِلٌ، وإنما يتغير الحكم لا غير، ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض، كما لو طُولب بالوديعة فجحدها، لتغير الحكم، وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد، ولو عاد الجاحدُ فأقرّ بها، وقال لصاحبها: خذ وديعتك، فقال: دعها عندك وديعة كما كانت، ولا ضمان عليك - لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد.

ويمنع حصولُ القبض المطلوب للزوم الرهن؛ لتوقفه على الإذن، والإمكان، وتغير حكم الوديعة إلى الغصب، والغصب إلى الوديعة - لا يستلزم التغير هنا للفارق».

وجهة الرأي الثاني أن العقد يفتقر إلى القبض، والقبض يحصل بفعله أو بإمكانه، ويكفي ذلك، ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض، لأنه مقبوض حقيقة.

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا تلف المرهون، قبل مضي مدة يتأتّى قبضه فيها فعلى الأول يكون كتلف المرهون بعد القبض، وعلى الثاني يكون كتلفه قبل لزومه والراجح عندي الرأي الثاني لقوة مدركه.

عند الحنابلة؛ والشافعية وجهان؛ أحدهما؛ يفتقر، وهو الأصح - وثانيهما: لا يفتقر وهو مرجوح يوجه الأول بأن قبض يلزم به عقد غير لازم، فلم يحصل بغير إذنه؛ كما لو كان في يد الراهن. وإقراره في يده لا يكفي؛ كما لو أقرّ المغصوبُ في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه.

والثاني: ينظر إلى أن إقراره في يده بمنزلة إذنه في القبض.

والذي أرجحه الوجه الأول؛ لظهور دليله، وورود إقرار المغصوب على الثاني. فإن أذن له في القبض، ثم رجع عنه قبل مضيِّ مدة يتأتى القبض فيها - لم يلزم الرهن حتى يعود، فيأذن، ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها.

الشرط الثاني: بقاء أهلية الآذن والقابض، فلو أذن الراهن، ثم جن أو مات، وكذا إذا جن المرتهن، أو مات بعد الإذن، وقبل القبض - فلا يلزم الرهنُ؛ لأن الأول خرج عن أن يكون من أهل الإذن، فقبض المرتهن جاء بعد إذن غير معتبر؛ ولأن المرتهن خرجَ عن أن يكون من أهل القبض في حال الجنون، وفي حال الموت لم يوجد قبضٌ أصْلاً، ويكون الإذن في القبض إلى من ينظر في مال الراهن، وكذا القبض يكون لمن ينظر في مال المرتهن، فإذا أذن وليُّ الراهن، أو ورثته، وتم القبض من أهله - لزم.

اتفق الفقهاء على أن الرهن لا يلزم من جهة المرتهن، فله أن يفسخه في أي وقت شاء، إذ العقد لحظه، وعلى أنه شرط في الجملة. والخلاف في أنه شرط لزوم، أو تمام بالنسبة للراهن، وإليك البيان.

ذهب الإمام مالك إلى أنه شرط تمام، ووافقه أحمد في غير المكيل، والموزون في رواية مرجوحة.

وذهب الأئمةُ: أبو حنيفة؛ والشافعي، وأحمد في الرواية الراجحة، وأهل الظاهر إلى أنه شرط لزوم.

والفرق بين الملكين: أن من قال: إنه شرط تمام قال: يلزم بالعقد، ويجبر الراهن على الإقباض، إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة، حتى يفلس الراهن، أو يمرض، أو يموت. وأن من يرى أنه شرطُ لزوم قال: ما لم يقع القبض لم يلزم الراهن الرهن؛ كما أنه يعلم بالنظر في المذهبين أن الأول يقوي جانب المرتهن، والثاني يقوي جهة الراهن.

استند الإمام مالك إلى قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. =

وَلَوْ تَعَاقَدَا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز[1] الرهن، حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين، ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهناً، ليس له ذلك؛ لأن هذا شرطٌ فاسدٌ أدخلاه في الرهن، فلم يصح الرهن، وَلَوْ تَعَاقَدَا عَلَى أن يكون في يد العدل وقبضه العدل، جاز، ويكون قبضه كقبض المرتهن، وهذا قول [عامة العلماء][2].

وقال ابن أبي ليلى: لا يصح الرهن إلاَّ بقبض المرتهن[3]، والصحيحُ قول العامة؛

= قال صاحب المنتقى: لنا من الآية دليلان: أحدهما: أنه قال عز من قائل: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾، فأثبتها رهاناً قبل القبض. ثانيهما: أن قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ أمر؛ لأنه لو كان خبراً لم يصحّ أن يوجدَ رهنٌ غير مقبوض؛ إذ خبره تعالى لا يتخلّف.

نوقش الدليل الأول بأننا نقول بموجبه، وهي أنها رهان قبل القبض، لم تزل على الجواز، فمن أين يكونُ اللزوم؟ والدليلُ الثّاني بأن كونه ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ أمراً لا يفيد ما ذهبتم إليه، وسنوجهه نحن الجمهور: بما يدل على أنه شرطٌ للزوم الرهن مع أنه أمر. والرهن عقد وثيقة كالكفالة «١» ولا يخفى أنه قياسٌ مع الفارق.

والرهن عقد يلزم بالقبض، فلزم قبله كالبيع؛ إذ هو عقد يختصُّ بالمال من الجانبين، فصار كالبيع «٢».

ومن تأمل يرى أن البيع معاوضة، والرهن إرفاق.

احتجوا بقول الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.

وجهُ الدلالة أن المصدر المقرون بالفاء في جواب الشرط يُراد به الأمر، والأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه، إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة، نظيره قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾، أي: فليحرر رقبة مؤمنة.

ورد أن رِهَاناً جمع رهن بمعنى مرهون، فأين المصدر؟.

والجواب أن التقدير فرهن رهان؛ كقوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾؛ إذ التقدير فصوم عدّة من أيام أُخر.

والرهن عقد تبرع؛ إذ الراهن لا يستحق في مقابلته على المرتهن شيئاً؛ ولهذا لا يجبر عليه، فلا بد من إمضائه بعدم الرجوع؛ كما في الصدقة، والهبة، والامضاء يكون بالقبض.

والرهن عقد يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض كالقرض. والرهن الذي لم يقبض لا يلزم إقباضه؛ كما لو مات الراهن.

يتضح لي أن أدلة الجمهور قوية؛ بسلامتها من الاعتراضات، فليس لي أن أتحرج في ترجيح اشتراط القبض في لزوم الرهن. ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى.

(١) في أ: يصح.

(٢) في ط: العامة.

(٣) أجمع الناس على صحة قبض المرتهن، وكذا على قبض وكيله، واختلفوا في قبض عدل يوضع الرهن على يديه، وقبل ذكر المذاهب أوضح المراد من العدل هنا العدل: من رضى الراهن، والمرتهن وضع المرهون في يده، سواء أرضيا ببيعه أم لا، أو هو من يقدر على الإيفاء والاستيفاء، مسلماً كان أم ذمياً، أم حربياً مستأمناً ما دام في دارنا «٥»، أو هو من يجوز توكيله، وهو الجائز التصرف، مسلماً كان أم كافراً، عدلاً أم فاسقاً، ذكراً أم أنثى. =

....

= وقال ابن المقري: فإن شرطا وضعه عند عدل أو عدلين (جاز)، قال شارحه: لو عبر بدل عدل بثالث - لكان أولى، فإن الفاسق كالعدل في ذلك رأى أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وعطاء، وعمرو بن دينار، والثوري، وابن المبارك، وإسحاق وأبو ثور؛ أن قبضه يقومُ مقامَ قبض المرتهن، إذا شرطا وضعه عند عَدْلٍ.

وجنح ابن أبي ليلى، وقتادة، والحارث العسكري، والظاهرية إلى أنه لا يقوم مقامه، استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.

وجه الدلالة: أنه إذا صار في يد العدل صار مقبوضاً لغة وحقيقة؛ إذ ليس في فرق بين قبض العدل والمرتهن، وإطلاقه يقتضي جواز قبض كل منهما.

والعدل نائب عن صَاحِبِ الحقِّ، وبمنزلة الوكيل.

وبحث هذا الدليل بأنه لو كان وكيلاً للمرتهن - لكان له أن يقبضه منه، ولما كان للعدل أن يمنعه إياه.

ويجاب بأن هذا لا يخرجه عن أن يكون وكيلاً، وقابضاً له، وإن لم يكن له حَقُّ القبض من قبل أن الراهن لم يرض بيده، وإنما رضي بيد وكيله.

ألا ترى أن الوكيل بالشراء قابض للسلعة للموكل، وله أن يحسبها بالثمن، ويدل على أن يَدَ العدل يدُ المرتهن، وأن وكيله في القبض؛ أن للمرتهن متى شاء أن يفسخ هذا الرهن، ويبطل يد العدل، ويرده إلى الراهن، وليس للراهن إبطال يد العدل، فدل ذلك على أن العدل وكيلٌ للمرتهن.

وبحث بأن المبيع لو جعل على يدي عدل لم يخرج من ضمان البائع، ولم يصح أن يكون العدلُ وكيلاً للمشتري في قبضه كذلك المرتهن.

والجواب بالفرق؛ إذ العدل في البيع لو صار وكيلاً للمشتري - لخرج عن ضمان البائع، وفي خروجه من ضمان بائعه سقوطُ حقِّه. ألا ترى أنه لو أجاز قبضه بطل حقه، ولم يكن له استرجاعه، لأن المبيع ليس له إلا قبض واحد، فمتى وجد سقط حق البائع، ولم يكن له أن يرده إلى يده، وكذلك إذا أودعه إياه؛ فلذلك لم يكن العدلُ وكيلاً للمشتري؛ لأنه لو صار وكيلاً له لصار قابضاً له قبض بيع، ولم يرض بذلك فلم يجز إثباته، ولم يصح أن يكون العدلُ وكيلاً للمشتري.

ومن جهة أخرى أنه لو قبضه للمشتري لتم البيع فيه، وفي تمام سقوط حق البائع فيه، فلا معنى لبقائه في يد العدل، بل يجب أن يأخذه المشتري، والبائع لم يرض بذلك، وليس الأمر كذلك في الرهن؛ لأن كون العدل وكيلاً للمرتهن لا يوجب إبطال حق الراهن، ألا ترى أن حقه باق بعد قبض المرتهن، فكذلك بعد قبض العدل؛ فلا فرق بين قبضهما.

والقبض في الرهن قبض في عقد، فجاز التوكيل فيه ككل قبض.

استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.

وذلك أن الله تعالى ذكر القبض في الرهن، مع ذكره المتداينين في السفر إلى أجل عند عدم الكاتب، وقد بيَّن رسولُ الله ﷺ القبضَ المشروع بإقباض الدرع من له الدين، وأما قبض غيره فلم يأت به نَصٌّ ولا إجماع، واشتراط أن يقبضه فلان لا صاحب الدين - شرط ليس في كتاب الله؛ فهو باطل.

وقيل بأن قبض العدل في معنى قبض المرتهن، فليس بمخالف لكتاب الله كما زعموا، وقد حصل المقصود من القبض، وهو لزوم الرهن، وتعلق حق المرتهن بالمرهون دون سائر الغرماء. =

لقوله - تبارك وتعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ من غير فصلٍ بين قبض المرتهن والعدل؛ ولأن قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى، ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدلٍ آخر، ووضعاه في يده، جاز؛ لأنه جاز وضعه في يد الأول لتراضيهما، فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما؛ وكذا إذا قبضه العدل، ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده؛ لأنه جَاز وضعه في يده في الابتداء، فكذا في الانتهاء.

وكذا إذا قبضه المرتهن أو العدل، ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعه في يده، جاز؛ لأن القبض الصحيحَ للعقد قد وُجد، وقد خرج الرهن من يده، فبعد ذلك يده ويد الأجنبيِّ سواءٌ.

ولو رهن رهناً وسلط عدلاً على بيعه عند المحل، فلم يقبض حتى حل الأجل، فالرهن باطلٌ؛ لأن صحته بالقبض والبيع صحيحٌ؛ لأن صحة التوكيل لا تقف صحته على القبض، فصح البيع، وَإن لم يصح الرهن؛ وكذلك لو رهن مشاعاً وسلطه على بيعه، فالرهن باطلٌ والوكالةُ صحيحةٌ؛ لما ذكرنا، ولو جعل عدلاً في الإمساك وعدلاً[آخر][1] في البيع، جاز؛ لأن كل واحدٍ منهما أمر مقصود، فيصح إفرادُه بالتوكيل.

وأما بيان شرائط [صحة الرهن][2] فأنواعٌ: منها أن يكون بإذن الراهن؛ لما ذكرنا في [كتاب][3]الهبة الإذن بالقبض شرط صحته، فيما له صحة بدون القبض؛ وهو البيع، فلأن يكون شرطاً فيما لا صحة له بدون القبض أوْلَى؛ لأن القبض في هذا الباب يشبه الركن؛ كما في، [كتاب][4] الهبةِ، فيشبه القبول، وذا لا يجوز من غير رضا الراهن؛ كذا هذا.

ثم نقول الإذن نوعان: نصٌ وما يجري مجرى النصِّ دلالةً، فالأولُ نحو أن يقول: أذنت له بالقبض، أو رضيت به، أو اقبض، وما يجري هذا المجرى؛ فيجوز قبضه، سواء [كان][5] قبض في المجلس أو بعد الافتراق، استحساناً، وقياس قول زفر في الهبة أنْ لا يجوز بعد الافتراق.

= والقبض من تمام العقد، فتعلق بأحد المتعاقدين؛ كالإيجاب والقبول.

وهو قياس مع الفارق؛ لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه، لأنه يخاطب به، ولو وكل قبل أن يوجب له صح، وما ذكروه ينتقص بالقبض في البيع، وفيما يعتبر القبض فيه، فتبين أن الحق مع الجمهور. ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى، وينظر المحلى ٨/٨٨، والجصاص ١/٦٢٥، ومغني الحنابلة ٤/٣٨٧.

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: صحته.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من ط.

والثاني: نحو أنْ يقبض المرتهن بحضرة الراهن، فيسكت ولا ينهاه، فيصح قبضه استحساناً.

وقياس قول زفر في الهبة أنْ لا يصح؛ كما لا يصح بعد الافتراق؛ لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول، فلا يجوز من غير إذن، كالقبول، وصار كالبيع الصحيح، بل أولى لأن القبض ليس بشرطٍ لصحته، وأنه شرط لصحة الرهن.

وجه الاستحسان أنه وجد الإذن هٰهنا دلالة الإقدام على إيجاب الرهن؛ لأن ذلك دلالة القصد إلى إيجاب حكمه، ولا ثبوت لحكمه إلا بالقبض، ولا صحة للقبض بدون الإذن، فكان الإقدام على الإيجاب دلالة الإذن بالقبض، والإقدام دلالة الإذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق، فلم يوجد الإذن هناك نصاً ودلالة بخلاف البيع؛ لأن البيع صحيح بدون القبض، فلم يكن[1] الإقدام على إيجابه دليل/ القبض، فلا يكون دليل الإذن، فهو الفرق. ٣/ ٢٠٠أ

ولو رهن شيئاً متصلاً بما لم يقع عليه الرهن؛ كالثمر المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه إلاَّ بالفصل والقبض، ففصل وقبض، فإن قبض بغير إذن الراهن لم يجز قبضُه، سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غيره؛ لأن الإيجاب هٰهنا لم يقع صحيحاً، فلا يستدل به على الإذن بالقبض، وإن قبض بإذنه، فالقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر، وفي الاستحسان جائز؛ بِنَاءً على أصلٍ ذكرناه في الهبة، والله الموفق.

ومنها: الحيازة عندنا، فلا يصحُّ قبض المشاع.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ ليس بشرطٍ، وقبض المشاع صحيح[2]

---

(١) في ط: الصحيح.

(٢) ذهب «مالك» و«الشافعي» و«أحمد» وابن أبي ليلى «والبتي» والأوزاعي و«سوار والعنبري» و«أبو ثور» والظاهرية إلى جواز رهن المَشّاع

ويرى الإمام «أبو حنيفة» وأصحابه أنه لا يجوز رهنه أمكنت قسمته أم لا، سواء في هذا الشريك والأجنبي.

وفصل «الحسن بن صالح إن كان مما لا يقسم جاز ولا يجوز فيما يقسم.

احتج الجمهور بأن المشاع عين يجوز بيعها، وكل ما يجوز بيعه يجوز رهنه، إذ المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين؛ للتوصل إلى استيفائه من ثمن المرهون إن تعذر الوفاء من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في المشاع.

أيد الحنفية رأيهم بأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء (ملك اليد) على معنى اختصاص المرتهن بالمرهون على جهة الحبس، وثبوت اليد بالحبس إنما يكون على ما تناوله العقد، وما تناوله مَشاع، وهو لا يتصور فيه ملك اليد إذ هي لا تثبت إلاَّ على معين؛ فإذا انتفى التعين بالشيوع انتفت يد الاستيفاء وإذا =

....

= انتفى ملك اليد الذي هو موجب العقد كان العقد غير معتبر شرعاً؛ لأن العقود إنما شرعت؛ لتترتب عليها أحكامها، وإذا تبين أن الشيوع مانع من تحقق مقتضى العقد كان رهنه باطلاً.
ودفع ـ ثبوت يد الاستيفاء الذي عدوه موجب عقد الرهن، مدللين عليه بأن الاستيفاء الحقيقي يفيد ملك العين وملك اليد، وبما أن عقد الرهن وثيقة استيفاء، فيفيد ملك اليد ـ بالمنع إذ لا تلازم بينهما.
وبأن الرهن لا بد فيه من دوام الحبس تحت يد المرتهن إلى الاستيفاء، أو الإبراء والشيوع ينافيه، ولهم على الشطر الأول دليلان:
أحدهما: أنه لم يُشْرَعْ إلا مقبوضاً ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.
ثانيهما: أن المقصود من الرهن التوثق؛ لاستيفاء الدين بمنع الراهن من الانتفاع به؛ كي يسارع إلى قضائه، فيأمن المرتهن على ما له من الضياع.
وكلا الوجهين كونه لم يُشْرَعْ إلا مقبوضاً، وكون المقصود من التوثق يقتضي دوام الحبس، إما بالنظر للمشروعية، فقياس الدوام على الابتداء الذي سلف في استدامة القبض، وإما بالنظر إلى المقصود منه، وهو: التوثق، فهو أن الرهن إنما شرع؛ وثيقة للمرتهن يستوفى منها دينه عند مطل الراهن، أو إفلاسه، فيأمن على ماله من الذهاب على معنى: أن يكون الرهن موصلاً إلى ذلك، وهو لا يحصل هذا المقصود إلا باستحقاق المرتهن حبس المرهون، ومنعه عن الخروج من حوزته إلا بإذنه ما دام الدين باقياً، إذ لو لم يكن له هذا الحق وكان للراهن أن يسترده، للانتفاع به لفات هذا المقصود، وهو التوثق؛ للاستيفاء والصيانة، فإذا لم ينقطع انتفاعه عنه لم يكن هناك تألم أو ضجر يحمله على المسارعة إلى قضاء الدين على أن يخشى أن يجحد الرهن، والدين متى عاد إلى يده بمقتضى ماله من حق الاسترداد، وقد علم أن العقود إنما شرعت؛ ليترتب عليها ما هو المقصود منها، وإذا فات المقصود بالاسترداد، وجب ألا يكون له هذا الحق، وذا لا يكون إلا بدوام حبسه في يد المرتهن فوجب المصير إليه وعلى الشطر الثاني: أنه دوام الحبس على جهة اللزوم إلى الأداء، أو الإبراء متوقف على استحقاق المرتهن ذلك، ولا استحقاق لدوام الحبس في المشاع إذ لا بد فيه من المهايأة، وبدهي أن المهايأة تنافي استحقاق الحبس الدائم، ألا ترى أن قول الراهن: رهنتك نصف داري هذه بمنزلة قوله: رهنتك هذه الدار يوماً ويوماً لا، فيكون دوام الحبس غير مستحق، وإذا ظهر أن الشيوع ينافي استحقاق الحبس على الدوام، وجب أن يكون المرهون مقسوماً منفصلاً غير مشاع، وما يحتمل القسمة غيره في هذا سواء، ولا ترد الهبة إذ تصح مع الشيوع، إذا كان الموهوب لا يحتمل القسمة؛ لانتفاء الضرر الناشيء من تحمل مؤنة القسمة؛ لأن حكمها ثبوت الملك والشيوع غير مانع منه، كما في البيع، ولا فرق بين الرهن من الأجنبي ومن الشريك، وهو واضح في الأجنبي؛ لما تقدم وأما بالنسبة للشريك؛ فلأن المشاع لا يقبل الرهن على الوجهين.
أما على الأول وهو ثبوت ملك اليد؛ فلأنه لا يثبت إلا على معين، وأما على الثاني؛ فلأن الشريك إنما ينتفع يوماً بحكم الملك، ويحبسه آخر بحكم الرهنِ، فكأن الرَاهِنَ رَهَنَ يوماً ويوماً لا، ولا شك أن هذا يفوت دوام الحبس.
وتعقب هذا بأنه شرع مقبوضاً في الابتداء، وقياس الدوام عليه مع الفارق وبأن الحبس الحكمي كاف في صيانة حق المرتهن، كالإعارة والغصب والسرقة ويمكن أن يوجه الرأي المفصل بقياس رهن المشاع الذي لا يقيم على هبة ما لا يحتمل القسمة وما نوقش به الحنفية يناقش به المذهب المفصل؛ لأنه يعتمد أدلتهم فيما يقسم، وما لا يقسم يقيسه على الهبة، والذي يعنينا إبطال الشق الأول فقط. =

....

= وأما الثاني فهو: مع الجمهور، فوجهتهم صالحة؛ للتدليل عليه، وقد تبين أنها سالمة، فدلت على مدعاهم.
وأزيد هذا الموضوع بياناً فأسرد ما دار في مناظرة بين الإمام «الشافعي»، وبين أحد المانعين لرهن المشاع وادعائه أنه لا يجوز إلا مقبوضاً مقسوماً لا يخاطبه غيره محتجاً بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فقال الإمام: لِمَ لَم يجز إلا مقبوضاً مقسوماً، وقد يكون مقبوضاً وهو مشاع غير مقسوم؟ فسأله المانع متعجباً كيف يكون مقبوضاً وأنت لا تدري أي: الناحيتين هو؟ وكيف يكون مقبوضاً في العبد وهو لا يتبعض؟
فقال الإمام: كأن القبض إذا كان اسماً واحداً لا يقع عندك إلا بمعنى واحد، وقد يقع على معانٍ مختلفة.
فقال مناظره: بل هو بمعنى واحد فقال الإمام: أو ما تقبض الدراهم والدنانير، وما صغر باليد وتقبض الدور برفع المفاتيح والأرض بالتسليم.
فأجاب مناظره: بلى.
فقال الإمام: فهذا مختلف.
قال مناظره: يجمعه كله أنه منفصل، لا يخالطه شيء.
فقال الإمام: قد تركت قولك الأول، وقلت آخر وستتركه إن شاء الله تعالى.
فقال الإمام: فكأن القبض لا يقع أبداً إلا على منفصل لا يخالطه شيء.
فأجاب مناظره: نعم. فقال الإمام فإني لما اشتريت أردت نقص البيع، فقلت: باعني نصف دار مشاعاً لا أدري أشرقي الدار يقع أم غربيها، ونصف عبد لا ينفصل أبداً ولا ينقسم وأنت لا تجيزني على قسمه؛ لأن فيه ضرراً، فأنا أفسخ البيع بيني وبينك.
فأجاب مناظره قائلاً ليس ذلك لك، وقبض نصف الدار ونصف الأرض ونصف العبد ونصف السيف أن تسلمه، ولا يكون دونه حائل.
فقال الإمام: أنت لا تجيز البيع إلا معلوماً، وهذا غير معلوم.
قال مناظره: هو وإن لم يكن معلوماً بعينه منفصلاً، فالكل معلوم ونصيبك من الكل محسوب.
قال الإمام: وإن كان محسوباً فإني لا أدري أين يقع؟
قال المناظر: أنت شريك في الكل.
قال الإمام: فهو غير مقبوض؛ لأنه ليس بمنفصل، وأنت تقول فيما ليس بمنفصل لا يكون مقبوضاً، فيبطل به الرهن، وتقول: القبض أن يكون منفصلاً.
قال مناظره: قد يكون منفصلاً وغير منفصل.
قال الإمام: وكيف يكون مقبوضاً، وهو غير منفصل؟! أجاب بأن الكل معلوم، وإذا كان الكل معلوماً، فالبعض بالحساب معلوم.
قال الإمام: فقد تركت قولك الأول، وتركت قولك الثاني، فلم إذا كان هذا كما وصفت يجوز البيع فيه، والبيع لا يجوز إلا معلوماً فجعلته معلوماً، ويتم بالقبض؛ لأن البيع عندك لا يتم حتى يقضي على صاحبه بدفع الثمن إلا مقبوضاً، فكان هذا عندك قبضاً زعمت أنه في الرهن غير قبض، فلا يعدو إما أن تكون أخطأت بقولك: لا يكون في الرهن قبضاً أو بقولك: يكون في البيع قبضاً.
ثم ذكر الإمام القبض الشرعي بما ينفق، وما ذكرناه في بيان حقيقة القبض الشرعي آنفاً، ثم قال «الشافعي»: ولم أسمع أحداً عندنا مخالفاً فيما قلت من أنه يجوز فيه الرهن، والذي يخالف لا يحتج فيه =

وجه قوله إن الشياع لا يقدح في حكم الرهن، ولا في شرطه، فلا يمنع جواز الرهن، ودلالة ذلك أن حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما نذكر، والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض، وأنه ممكن في النصف الشائع بتخلية الكل.

وَلنا: أن قبض النصف الشائع وَحْدَهُ لا يتصور، والنصف الآخر ليس بمرهون، فلا يصح قبضه، وسواء كان مشاعاً يحتمل القسمة أو لا يحتملها؛ لأن الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعاً؛ بخلاف الهبة، فَإن الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة؛ لأن المانع هناك ضمان القسمة؛ على ما ذكرنا في «كتاب الهبة» وأنه يخص المقسوم، وسواء رهن من أجنبيٍّ أو من شريكه؛ على ما نذكر إن شاء الله تعالى، وسواء كان مقارناً للعقد أو طرأ عليه في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أن الشيوع الطارىء على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة، وصورته إذا رهن شيئاً وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء، مجتمعاً أو متفرقاً فباع نصفه شائعاً أو استحق بعض الرهن شائعاً.

وجه رواية أبي يوسف أن حال البقاء لا يُقَاس على حال الابتداء؛ لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء؛ لهذا فرق الشرع بين الطارىء والمقارن في كثير من الأحكام، كالعدة الطارئة والإباق الطارىء ونحو ذلك، فكون الحيازة شرطاً في ابتداء العقد، لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة.

وَجْهُ ظاهر الرواية أن المانع في المقارن كون الشيوع مانعاً من تحقق القبض في النصف المشاع، وهذا المعنى موجود في الطارىء، فيمنع البقاء على الصحة، ولو رهن رجلان رجلاً

= بمتقدم من أثر، فيلزم اتباعه، ولا بقياس ولا معقول، فيبقون في الاتباع الذي يلزمهم، أن يفرقوا بين الشيئين إذا فرقت بينهما الآثار حتى يفارقوا الآثار في بعض ذلك لأن يجزئوا الأشياء زعموا على مثال ثم تأتي أشياء ليس فيها أثر، فيفرقون بينها، وهي مجتمعة بآرائهم، ونحن وهم نقول في الآثار: نتبع كما جاءت، وفيما قلت وقلنا بالرأي: لا نقبل إلا قياساً صحيحاً «١».

وأن هذه المناظرة لتدلنا دلالة واضحة: على أن ثبوت ملك اليد والحبس الدائم لَيْسَا بموجودين عند المتقدمين من الحنفية، ولم يجر ذكرهما قط. ويغلب على الظن أن إماماً من أئمة الحنفية هو الذي ناظر الإمام «الشافعي»، فلو كانا يصلحان في نظره؛ لما ترك الحجاج بهما، وقد تبين ضعف اعتبارهما من أحكام الرهن فيما سلف وإذا فقد أسفر الصبح وتبين أن رهن المشاع جائز ـ وأن المقصود من الرهن بيع المرهون؛ ليقضي منه الدين عند تعذر الوفاء من الراهن، وهو متحقق في المشاع.

ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى.

عبداً بدين له عليهما رهناً واحداً، جاز، وكان كله رهناً بكلِّ الدين، حتى أن للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين، وَإذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أَنْ يأخذ نصيبه من الرهن؛ لأن كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه، وَإن كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف؛ لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرطٍ لصحةِ الرهن فإنه يجوز رهن مال الغير بإذنه لما بينا، وإقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الإذن من كلٍّ واحد منهما، فصار كل العبد رهناً بكل الدين، ولا استحالة في ذلك؛ لأن الرهن حبسٌ، وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوساً بكل الدين، فلم يكن هذا رهن الشائع، فجاز، وليس لأحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد إذا قضى ما عليه من الدين؛ لأن كلَّه مرهونٌ بكل الدين، فما بقي شيء من الدين بقي استحقاق الحبس.

وكذلك إذا رهن [رجل من رجلين عبداً بدين][1] لهما عليه وهما شريكان فيه أو لا شركة بينهما، جاز، وإذا قضى الراهن دين أحدهما لم يَكُنْ له أن يقبض شيئاً من الرهن؛ لأنه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما، وكل العبد يصلح رهناً بدين كل واحد منهما على الكمال؛ كأن ليس معه غيره لما ذكرنا، وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ أنها غير جائزة، لأن الهبة تمليكٌ، وتمليكُ شيء واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محالٌ، والعاقلُ لا يقصد بتصرفه المحال.

فَأمّا الرهن فحبسٌ، ولا استحالة في كون الشيء الواحد محبوساً بكل واحد من الدينين، فهو الفرق بين الفصلين، غير أنه وإن كان محبوساً بكل واحد من الدينين، لكنه لا يكون مضموناً إلا بحصته/ حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين، فيسقط من كل واحد منهما بقدره؛ لأن المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفياً الدين من مالية الرهن، وأنه لا يبقى[2] لاستيفاء الدينين، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيقسم عليهما، فيسقط من كل واحد منهما بقدره. ٣/٢٠٠ب

وعلى هذا يخرج حبس المبيع؛ بأن اشترى رجلان من رجل شيئاً، فأدى أحدُهما حصته من الثمن، لم يكن له أن يقبض شيئاً من المبيع، وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفي ما على الآخر، لأن كل المبيع محبوس بكل الثمن، فما بقي جزء من الثمن بقي استحقاق حبس كل المبيع.

ولو رهن بيتاً بعينه من دار، أو رهن طائفة معينة من دار، جاز؛ لانعدام الشيوع، وعلى

(١) في طـ: رجل رجلين بدين.
(٢) في طـ: يفي.

هذا الأصل تخرج زيادة الدين على الرهن أنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ وجملة الكلام في الزيادات أنها أنواعٌ أربعة: زيادة الرهن وهي نماؤه؛ كالولد واللبن والتمر والصوف، وكل ما هو متولد من الرهن أو في حكم المتولد منه؛ بأن كان بدل جزء فائت، أو بدل ما هو في حكم الجزء، كالأرش والعقر وزيادة الرهن على أصل الرهن؛ كما إذا رهن بالدين جارية، ثم زاد عبداً أو غير ذلك ـ رهناً بذلك الدين، وزيادة الرهن على نماء الرهن؛ كما إذا رهن بالدين جارية فولدت ولداً، ثم ماتت الجارية، ثم زاد رهناً على الولد، وزيادة الدين على الرهن؛ كما إذا رهن عبداً بألف ثم إن الراهن استقرض من المرتهن ألفاً أخرى؛ على أن يكون العبد رهناً بالأول، والزيادة جميعاً، أما زيادة الرهن فمرهونة عندنا على معنى أنه يثبت حكم الأصل [للرهن][1] فيها، وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ ليست بمرهونة أصلاً، والمسألة تأتي في بيان حكم الرهن، إن شاء الله تعالى.

وأما زيادة الرهن [على أصل الرهن][2] فجائزة استحساناً، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر ـ رحمه الله ـ، وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثمن، وقد مَرَّتِ المسألة في «كتاب البيوع».

وَأما زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الأصل، فهي موقوفة إن بقي الولد إلى وقت الفكاك، جازت الزيادة، وإن هلك لم تجز؛ لأنها إذا هلكت تبين أنها حصلت بعد سقوط الدين، وقيام الدين شرط صحة الزيادة.

وَأما زيادة الدين على الرهن فهي على الاختلاف الذي ذكرنا أنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف جائزة.

وجه [قول أبي يوسف][3]أن الدين في باب الرهن كالثمن في باب البيع؛ بدليل أنه لا يصح الرهن إلا بالدين؛ كما لا يصح البيع إلا بالثمن، ثم هناك جازت الزيادة في الثمن والمثمن جميعاً؛ فكذا هنا تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعاً، والجامع بين البابين أن الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد؛ كأن العقد ورد على الأصل، والزيادة جميعاً، فيصير كأنه رهن بالدين عبدين ابتداء، وذا جائز؛ كذا هذا.

وجه قولهما إن هذه الزيادة لو صحت لأوجبت الشيوع في الرهن، وأنه يمنع صحة

---

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

(٣) في ط: قوله.

الرهن، ودلالة ذلك أنها لو صحت لصار بعض العبد بمقابلتها، فلا يخلو إما أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولاً بالأول، وإما أن يفرغ من الأول ويصير مشغولاً بالزيادة، لا سبيل إلى الأول؛ لأن المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأنه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع، فلا يجوز؛ كما إذا رهن عبداً واحداً بدينين مختلفين؛ لكل واحد منهما بعضه، بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن؛ لأن الزيادة هناك لا تؤدي إلى شيوع الرهن، بل إلى شيوع الدين؛ لأن قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين، وبعد الزيادة صار كله بمقابله بعض الدين؛ والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر، فيرجع الشيوع إلى الدين لا إلى الرهن، والشيوع في الدين لا يمنع صحة الرهن، وفي الرهن يمنع صحته.

ألا ترى لو رهن عبداً بنصف الدين جاز، ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز؛ لذلك افترق حكم الزيادتين.

ولو رهن مشاعاً فقسم وسلم جاز، لأن العقد في الحقيقة موقوفٌ على القسمة، والتسليم بعد القسمة، فإذا وجد فقد/ زال المانع من النفاذ، فينفذ. ٣/٢٠١أ

ومنها: أن يكون المرهون فارغاً عَمَّا ليس بمرهون[1]، فإن كان مشغولاً به بأن رَهَن داراً فيها متاع الراهن وسلم الدار، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع، أو رهن جوالقاً دون ما فيه، وسلم الجوالق، أو سلمه مع ما فيه ـ لم يجز؛ لأن معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف، ولا يتحقق مع الشغل.

ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة، جاز، وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد؛ لأن المانع هو الشغل، وقد زال، ، فينفذ كما في رهن المشاع.

ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار، وخلى بينه وبين الدار، جاز؛ بخلاف ما إذا رهن

(١) أي غير مشغول بالراهن أو بملكه فلو رهن داراً فيها متاع للراهن وأقبضه الدار وهو بداخلها أو كان له فيها متاع لم يخرجه منها لم يصح القبض ولم يلزم الرهن حتى يخرج منها ويخليها من متاعه إذ تظل سيطرته باقية عليها ولا بد من إعادة التخلية بعد الخروج ونقل المتاع ونظر في هذا بأن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع فأشبه ما لو كانا خارجين عنها ولا يصح ما ذكروه ألا ترى أن خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله إلى دار غيره لا يثبت يده عليها ولأنه بخروجه محقق لقوله فلا معنى لإعادة التخلية وأما المتاع فلا يمنع أيضاً من القبض وليكن تركه فيها على سبيل الوديعة ثم إن من تأمل كلامهم في كل ما ذكروه يراه مبنياً على الحبس الدائم تحت يد المرتهن الذي يحول بين الراهن وبين الانتفاع بالمرهون.

الدار دون المتاع؛ لأن الدار تكون مشغولة بالمتاع، فأما المتاع فلا يكون مشغولاً بالدار، فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار.

ولو رَهَنَ الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة، وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار، جاز الرهن فيهما جميعاً؛ لأنه رهن الكل وسلم الكل، وصح تسليمهما جميعاً، ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر، فإن جمع بينهما في التسليم صَحَّ الرهن فيهما جميعاً.

أما في المتاع فلا شك فيه؛ لما ذكرنا أن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار، وأما في الدار فلأن المانع وهو الشغل قد زال، وإن فرق بأن رهن أحدهما وسلم، ثم رهن الآخر وسلم، لم يجز الرهن في الدار، وجاز في المتاع، سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة، فإن هناك يراعى فيه الترتيب إن قدم هبة الدار، لم تجز الهبة في الدار، وجازت في المتاع؛ كما في الرهن، وَإن قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعاً.

أما في المتاع؛ فلأنه غير مشغولٍ بالدار، وأما في الدار فلأنها وإن كانت مشغولة وقت القبض، لكن بمتاع هو ملك الموهوب له، فلم يمنع صحة القبض، وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن، فيمنع صحة القبض، فهو الفرق.

ولو رهن داراً والراهن والمرتهن في جوف الدار، فقال الراهن: سلمتها إليك، لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم؛ لأن معنى التسليم وهوالتخلية لا يتحقق مع كونه في الدار، فلا بد من تسليم جديد بعد الخروج منها.

ولو رهن دابّةً عليها حملٌ دون الحمل، لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها، ثم يسلمها إلى المرتهن.

ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها إليه، كان رهناً تامًا في الحمل؛ لأن الدابة مشغولة بالحمل، أما الحمل فليس مشغولاً بالدابة؛ كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع، ورهن المتاع الذي في الدار بدون الدار، ولو رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها أو رسناً في رأسها، فدفع إليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن ـ لم يكن رهناً حتى ينزعه من رأس الدابة ثم يسلم، بخلاف ما إذا رهن متاعاً في الدار؛ لأن السرج ونحوه من توابع الدابة، فلم يصح رهنها بدون الدابة؛ كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر، بخلاف المتاع؛ فإنه ليس تبعاً للدار؛ ولهذا قالوا: لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك في الرهن بحكم التبعية.

وَعَلَىٰ هذا يخرج ما إذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها، أو بهيمة واستثنى/ ما في بطنها؛ أنه لا يجوز الاستثناء ولا العقد.

أما الاستثناء فلأنه لو جاز لكان المرهون مشغولاً بما ليس بمرهون، وأما العقد فلأنه استثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد، والرهن تبطله الشروط الفاسدة، كالبيع بخلاف الهبة.

ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم رهن الأم أو دبر ما في بطنها ثم رهن الأم، فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مَرَّ الكلامُ في الهبة.

ومنها: أن يكون المرهون منفصلاً متميزاً عما ليس بمرهون، فإن كان متصلاً به غير متميز عنه لم يصح قبضه؛ لأن قبض المرهون وحده غير ممكن، والمتصل به غير مرهون، فأشبه رهن المشاع.

وعلى هذا الأصل يحرج ما إذا رهن الأرض بدون البناء، أو بدون الزرع والشجر، أو الزرع والشجر بدون الأرض، أو الشجر بدون الثمر، أو الثمر بدون الشجر ـ أنه لا يجوز، سواء سلم المرهون بتخلية الكل أو لا؛ لأن المرهون/ متصلٌ بما ليس بمرهون، وهذا يمنع صحة القبض. ٣/٢٠١ب

ولو جد الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلاً، جاز؛ لأن المانع من النفاذ قد زال، ولو جمع بينهما في عقد[1] الرهن فَرَهَنَهُمَا جميعاً وسلم متفرقاً، جاز، وإن فرق الصفقة؛ بأن رَهَنَ الزرع ثم الأرض، أو الأرض ثم الزرع، ينظر: إن جمع بينهما في التسليم جاز الرهن فيهما جميعاً، وَإن فرق لا يجوز فيهما جميعاً، سواء قدم أو آخر؛ بخلاف الفصل الأول؛ لأن المانع في الفصلين مختلفٌ، فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال، وأنه لا يختلف، والمانع من صحة القبض في الفصل الأول هو الشغل، وأنه لا يختلف.

مثالُ هذا ما إذا رهن نصف داره مشاعاً من رجلٍ ولم يسلم إليه حتى رهنه النصف الباقي، وسلم الكل ـ أنه يجوز، ولو رهن النصف وسلَم، ثم رهن النصف الباقي، لا يجوز كذا هذا.

وعلى هذا إذا رهن صوفاً على ظهر غنم بدون الغنم؛ أنه لا يجوز؛ لأن المرهون متصلٌ بما ليس بمرهونٍ، وهذا يمنع صحة القبض، ولو جزه وسلمه جاز؛ لأن المانع قد زال؛ وعلى هذا أيضاً إذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل أنه لا يجوز.

ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغةً جاز لما قلنا؛ بخلاف ما إذا رهن ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها، أو رهن سمناً في لبن أو دهناً في سمسم، أو زيتاً في

---

(١) في أ: صفقة.

زيتون، أو دقيقاً في حنطة، أنه يبطل، وَإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض؛ لأن العقد هناك لم ينعقد أصلاً؛ لعدم المحل؛ لكونه مضافاً إلى المعدوم؛ وهذا لم ينعقد البيع المضاف إليها؛ فكذا الرهن، أما هنا فالعقدُ منعقدٌ موقوف نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتمييز، فإذا وجد فقد زال المانع.

ولو رهن الشجر بمواضعه من الأرض جاز، لأن قبضه ممكنٌ، ولو رهن شجراً وفيه ثمر لم يسمه في الرهن، دخل في الرهن، بخلاف البيع أنه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية؛ لأنه قصد تصحيح الرهن، ولا صحة له بدون القبض، ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به، فيدخل تحت العقد تصحيحاً له، بخلاف البيع؛ فإنه يصح في الشجر بدون الثمر، ولا ضرورة إلى إدخال الثمر للتصحيح.

ولو قالَ: رَهَنْتُكَ هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الكرم، وأطلق القول ولم يخص شيئاً، دخل فيه كلُّ ما كان متصلاً به من البناء والغرس؛ لأن ذلك يدخلُ في البيع مع أن القبض ليس من شرط صحته، فلأن يدخل في الرهن أَوْلَى؛ إلا أنه يدخل فيه الزرع والثمر، ولا يدخل في البيع لما ذكرنا، بخلاف المتاع أنه لا يدخل في رهن الدار، ويدخل الثمر في رهن الشجر؛ لأن الثمر تابعٌ للشجر، والمتاع ليس بتابعٍ للدار.

ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر إلى الباقي: إن كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنُه ابتداءً لا يفسد الرهن فيه، وَإن كان مما لا يجوز رهنه ابتداءً فسد الرهن في الكل؛ لأنه لما استحق بعضه[1] تبين أن العقد لم يصح في القدر المستحق، وأنه لم يقع إلا على الباقي؛ فكأنه رهن هذا القدر ابتداء، فينظر فيه إن كان محلاً لابتداء الرهن يبقى الرهن فيه، وَإلا فيفسد في الكل؛ كما لو رهن هذا القدر ابتداء، إلاّ أنه إذا بقي الرهن فيه يبقى بحصته، حتى لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين، وَإن كان في قيمته وفاء بجميع الدين، ولا يذهب جميع الدين، وإذا رهن الباقي ابتداء وفيه وفاء بالدين فهلك، يهلك بجميع الدين، وإن شئت أن تجعل الحيازة شرطاً مفرداً وخرجت المشاع على هذا الأصل؛ لأنه مرهون متصلٌ بما ليس بمرهون حقيقة، فكان تخريجه عليه مستقيماً، فافهم.

ومنها: أهلية القبض وهي العقل؛ لأنه يثبت به أهلية الركن وهو الإيجاب والقبول، فلأن تثبت به أهلية الشرط أَوْلَى.

وأما تفسير القبض، فالقبضُ عبارةٌ عن التخلي، وهو التمكن من إثبات اليد؛ وذلك بارتفاع الموانع، وأنه يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن، فإذا حصل ذلك صار

---

(١) في أ: نصفه.

الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً، وهذا/ جواب ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه يشترط ٣/٢٠٢أ معه النقل والتحويل، فما لم يوجد لا يصير قابضاً.

وجه هذه الرواية أن القبض شرط صحة الرهن، قال الله ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣]، ومطلق القبض ينصرف إلى القبض الحقيقي، ولا يتحقق ذلك إلا بالنقل، فأما التخلي فقبض حكماً لا حقيقة، فلا يكتفي به، وجه ظاهر الرواية أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع.

أما العرف فإن القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار، يقال: هذه الأرض أو هذه القرية أو هذه الولاية في يد فلان، فلا يفهم منه إلا التخلي؛ وهو التمكن من التصرف.

وأما الشرعُ فإن التخلي في باب البيع قبض بالإجماع، من غير نقل وتحويل، دل أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة، فيكتفي به.

وأما بيان أنواع القبض، فنقول وبالله التوفيق: القبضُ نوعان: نوعٌ بطريق الأصالة، ونوعٌ بطريق النيابة، أما القبض بطريق الأصالة فهو أن يقبض [الإنسان][1] بنفسه لنفسه.

وأما القبض بطريق النيابة، فنوعان: نوعٌ يَرْجع إلى القابض، ونوع يرجع إلى نفس القبض.

أما الذي يَرْجع إلى القابض فنحو قبض الأب والوصي عن الصبي؛ وكذا قبض العبد يَقُومُ مقام قبض المرتهن؛ حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن؛ لأن نفس القبض مما يحتمل النيابة؛ ولأن قبض الرهن قبض استيفاء الدين؛ واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة.

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلى نفس القبض فهو أن المرهون إذا كان مقبوضاً عند العقد، فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن؟ فالأصلُ فيه ذكرنا في «كتاب البيوع» والهبة أن القبضين إذا تجانَسَا ناب أحدُهما عن الآخر، وَإذا اختلفَا ناب الأعلى عن الأدنى، وقد بينا فقه هذا الأصل وفروعه فيما تقدم، وَإن شئت عددت الحيازة، والفراغ والتمييز من شرائط نفس العقد، فقلت: ومن شرائط صحة العقد أن يكون المرهون محوزاً[2] عندنا، وبنيت المشاع عليه، وَإن شئت قلت: ومنها دوام القبض عندنا.

---

(١) سقط من ط.

(٢) والحوز في اللغة الجمع وضم الشيء كالحيازة احترازاً عن رهن ثمر على شجر وزرع بأرض بدونهما فلا يجوز عندهم وذلك لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقه فيكون بمنزلة الجزء الشائع والمشاع لا يجوز رهنه فكذا هذا.

وقد بينت أن المشاع يجوز رهنه وأن المعول عليه إمكان بيد ليستوفى منه الدين عند تعذر الوفاء من الراهن ولا شك أن الثمر يجوز بيعه فيجوز رهنه وحده وكذا الزرع بدون الأرض فلا داعي لهذا الشرط.

وعند الشافعي - رحمه الله - ليس بشرطٍ، وبنيت[1] عليه المشاع، ولنا في إثبات هذا الشرط دليلان:

أحدُهما: قولُه تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ أخبر الله - سبحانه وتعالى - أن المرهون مقبوضٌ، فيقتضي كونه مقبوضاً ما دام مرهوناً[2]؛ لأن إخباره - سبحانه وتعالى - لا يحتمل الخلف، والشيوع يمنع دوام القبض، فيمنع صحة الرهن.

---

(١) في أ: ويثبت.

(٢) اختلف العلماء في حبس المرهون على سبيل الدوام تحت يد المرتهن إلى الأداء، أو الإبراء.
فاختار الحنفية، والمالكية، والحنابلة على رأي أن الحبس الدائم تحت يد المرتهن شرطٌ لبقاء الرهن لازماً، فانبنى على هذا أنهم لا يجيزون للراهن أن يستردَّ المرهون لينتفع به، واختلفوا في حصوله على أجرته بوساطة تولي المرتهن إجارته لغيره نيابة عنه.
أجاز ذلك المالكية، ولا يتنافى هذا عندهم مع استمراره، إذ يكون المستأجر نائباً عن المرتهن في قبضه.
ومنعه الحنفية، والحنابلة، ورأوه منافياً للحبس الدائم.
ورأى الشافعية، وعطاء، والحنابلة؛ أنه ليس له حبسه على سبيل الدوام، فيباح للراهن استرداده إذا كان مما ينتفع به مع بقاء عينه، ولا يضره الانتفاع به؛ كالأراضي الزراعية، والدواب مثلاً، فإذا فرغ رده إلى المرتهن. أما ما تذهب عينه بالانتفاع؛ كالمطعوم، والشمع، وغاز الاستصباح مثلاً؛ فلا يجوز استرداده.
احتج الحنفية، ومن معهم بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.
وجه الدلالة: أنها أفادت وجوب القبض، والظاهر أنه وَصْفٌ لازمٌ، وهذا يستلزم أن يكون المرهونُ مقبوضاً ما دام مرهوناً.
نقض هذا بالعارية؛ والغصب، والسرقة، ومحاولة الفرق بين استرداد الراهن وبينها - غير مقنعة؛ إذ يستطيع الراهن في العارية أن يجحد. . . . الخ.
وبأن القبض لما ثبت ابتداء، فقد ثبت بقاء؛ إذ هو متعلِّقٌ بالمحل، وما تعلق به، فالابتداء والبقاء فيه سواء؛ كالمحرمية في النكاح، وإذا ثبت وجوب القبض على سبيل الدوام قلنا: إنه لا معنى لحبس المرهون سوى دوام قبضه تحت يد المرتهن إلى قضاء الدين، أو الإبراء منه، فيكون حكماً للرهن.
ورد عليه: أن قياس الدوام على الابتداء قياس مع الفارق؛ إذ يفتقر في الأول ما لا يفتقر في الثاني، والنقض السالف أيضاً.
وبأن الرهن إنما شُرع وثيقة للمرتهن يستوفي منها دينه عند مطل الراهن، أو إفلاسه، فيأمن على ماله من الذهاب على معنى أن يكون الرهن موصلاً إلى ذلك، وهو لا يحصل هذا المقصود إلا باستحقاق المرتهن حبس المرهون، ومنعه عن الخروج من حوزته إلا بإذنه، ما دام الدين باقياً؛ إذ لو لم يكن له هذا الحق، وكان للراهن أن يسترده للانتفاع به - لفات هذا المقصودُ وهو التوثق للاستيفاء والصيانة، فإذا لم ينقطع انتفاعه عنه - لم يكن هناك تألم، أو ضجر يحمله على المسارعة إلى قضاء الدين، على أنه يخشى أن يجحد الرهن والدين متى عاد إلى يده بمقتضى ماله من حق الاسترداد هذا، وقد علم أن العقود إنما شرعت؛ ليترتب عليها ما هو المقصود منها، وإذا فات المقصود من الرهن بثبوت حَقِّ الاسترداد للراهن - وجب ألا يكون له هذا الحق وإذاً لا يكون إلا بدوام حبسه تحت سيطرة المرتهن، فوجب المصير إليه إذا أمعنا النظر في هذا، رأينا أنهم قصروا سبيل الوصول إلى المقصود من الرهن، والحكمة التي شُرع =

....

= لأجلها على الحبس الحقيقي، وجعلوا الرهن عديم الفائدة عند عدمه، ولكنه محل بحث؛ إذ الحبس الحكمي كاف في صيانته حق المرتهن، كما لو أعاره من الراهن، فالنقص وارد عليه أيضاً.

وتلافياً لما قد يحدث عن الاسترداد من الجحود لا يعاد إلا بالإشهاد، فإذا ما حل وقت الأداء، وبدا منه المطل ـ سلّط الشارعُ عليه سلطانَ القضاء، فيلزمه بالتأدية، حتى إذا ما استمر في عناده باع الحاكم المرهون، أو ألزمه ببيعه، وقضى المرتهن دينه فلا يفوت المقصود.

وبأن الرهن في اللغة الحبس. قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾، أي: رهن؛ إذ لا جائز أن تكون رهينة مؤنث رهين؛ لأنه يستوي فيه المذكر والمؤنث، فمعنى الآية: كل نفس مرهونة بوبال ما اجترحته من الذُّنوب والخطايا.

وإذاً، ثبت أن معناه: لغةً الحبس؛ لأن الله تعالى سمى العين التي ورد عليها عقد الرهن رهناً بمعنى مرهون، ثبت أن الحبس لدى المرتهن حكم شرعي للرهن؛ وذلك لأن للأسماء الشرعية دلالات بمعانيها اللغوية على أحكامها؛ لأنها مفهومة من اللفظ، ولا مانع من الجري على هذا المفهوم. وله نظير من الشرع فلفظ الطلاق، والحوالة، والكفالة قد اعتبر معناها اللغوي من أحكامها الشرعية اعترض بأن اللغة لا تنهض لإثبات حقِّ حبس المرهون على سبيل الدوام؛ إذ هي تدلُّ على مطلق الحبس، ولا شك أن المرهون محبوس حكماً بالدين، ولو لم يكن تحت يد المرتهن؛ لأن الراهن مغلول اليد من التصرف فيه بما يضر المرتهن بعد لزوم الرهن، فلا يباح له بيعه، أو رهنه، أو هبته من كل ما يعود على الدائن بالضرر؛ عملاً بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فلا مخالفة للغة مع عدم ثبوت حق الحبس للمرتهن، فليس حكماً للرهن.

يدل للشافعية، وعطاء، والحنابلة على أحد قولهم ما روي عن النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»؛ إذ معنى قوله: «لا يغلق الرهن» لا يستحقه المرتهن بأن يدع الراهن قضاء حقه عند محله، ولا يستحق مرتهنه خدمته، ولا منفعة فيه بارتهانه إياه، ومنفعته للراهن؛ لأن النبي ﷺ قال: «هو من صاحبه الذي رهنه له غنمه»، ومنافعه من غنمه، وإذا كان للراهن الانتفاع بالمرهون؛ كما هو المتبادر من الحديث؛ إذ قد لا يتيسر مع حبسه عند المرتهن، تبين أن الحبس الدائم ليس حكماً للراهن.

فعند الحنفية هذا الدليل بأنه لا حجة فيه؛ لأن معنى قوله ﷺ: **«لا يغلق الرهن»** لا يكون محبوساً حبساً كلياً لا رجوع فيه إلى صاحبه، على معنى أن يصير مملوكاً للمرتهن، فهذا ما نهى النبي ﷺ عنه بقوله: **«لا يغلق. . . .» الخ، لا أنه لا يحبس أصلاً.**

يؤيد هذا ما روي عن الزهري قال: «كانوا في الجاهلية يرتهنون، ويشترطون على الراهن إن لم يقض الدين إلى وقت كذا ـ فالرهن مملوك للمرتهن، فأبطل رسول الله ﷺ ذلك بقوله: «لا يغلق»، وأيضاً فإن سعيد بن المسيب قرر هذا المعنى حين سئل عنه، أهو قول الرجل إن لم يأت بالدين إلى وقت كذا، فالرهن بيعٌ له في الدين، فقال: نعم.

وقوله ﷺ: **«هو لصاحبه»** تفسير للحديث على المعنى الذي ذكرنا، فلا يكون ملكاً للمرتهن بمقتضى ما اشترط.

ويؤيد هذا رواية: «الرهن من راهنه الذي رهنه»؛ إذ معناه: أنه باق على ملكه، ولا يخرج عنه بالشرط. =

والثاني أن الله ـ تبارك وتعالى ـ سَمَّاه رهناً، وكذا يسمى رهناً في متعارف اللغة والشرع، والرهن حبس في اللغة؛ قال الله ـ تبارك وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] أي: حبيسة بكسبها، فيقتضي أن يكون محبوساً ما دام مرهوناً، والشياع يمنع دوام الحبس، فيمنع جواز الرهن.

وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها؛ لأن الشيوع يمنع إدامة القبض فيهما

= والجواب أن العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب، وأن تفسير سعيد إنما هو اجتهاد منه، فلا حجة فيه، وقوله ﷺ: «الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه» ـ صريح في أن منفعته لراهنه، وقد يتعذر استيفاؤها مع الحبس، ولا دلالة في حديث: «الرهن من راهنه» على أنه باق على ملكه؛ لأن معناه أنه من ضمان راهنه بدليل: «وعليه غرمه» ـ وسيأتي إيضاح أكثر في الانتفاع بالمرهون، والضمان.

وبأن المقصود من شرع الرهن التوثُّق، واطمئنان المرتهن على ماله؛ خشية الجحود أو المطل، وفي دوام حبسه عند المرتهن تفويتٌ لهذا المقصود، إذ ربما يهلك في يده، فيسقط من الدين بقدره على ما هو الحكم عندكم، فتكون الإضاعة لا التوثق.

ورد عليه أن المرتهن بمقتضى ما ثبت له من يد الاستيفاء، أعني: الوصلة إليه، بالمعنى الذي بينا في دليلنا المعقول، ثبتت صيانة حق المرتهن عن الضياع، فلم يكن دوام حبسه تحت يده مفوتاً لما هو المقصود، بل محققاً له؛ إذ أن الهلاك ليس بغالب، فلا ينظر إليه.

والجواب: أن قصدهم الوصول إلى الدين على الحبس تحت يد المرتهن ممنوع؛ إذ يمكن بيعه، والاستيفاء منه عند التعذُّر بطريق القضاء، والإشهاد يمنع الجحود والإنكار، وكل ما رتَّبوه من المحظورات، مع أن في حبسه مراعاة لمصلحة المرتهن فقط؛ وإضراراً بالراهن، والنبي ﷺ ينهى عن الضرار: «لا ضرر ولا ضرار»، والإجابة بأن الهلاك نادر لا يلتفت إليه ـ واهية، إذ هذا إنما يكونُ عند تعين هذا الطريق مثلاً، وإذ قد تبين أنه غير متعين فسلوك طريق مقطوع بعدم ضرره أولى.

وبأن في دوام حبسه تحت يد المرتهن، مع منع الراهن من الانتفاع الذي يمكن الحصول عليه من المرهون ـ تعطيلاً للعين التي ينتفع بها؛ وذلك لأن المرتهن أيضاً ممنوعٌ من الانتفاع؛ والتعطيل تسبيب، وهو من أعمال الجاهلية التي ورد الشرع بتحريمها: «وَلاَ سَائِبَةٍ»، وما كان ذلك إلا من استمرار الحبس عند المرتهن، فلا يصح أن يكون حكماً للرهن.

ومنع أن في دوام الحبس تسبيباً؛ إذ الراهن بعقد الرهن، وقبض المرتهن ـ أصبح موفياً في حق الحبس، والمرتهن صار مستوفياً هذا الحق، والإيفاء والاستيفاء من المنافع المقصورة من الأحوال، فلا تسبيب، فصح أن يكون حبسه في يد المرتهن حقاً ثابتاً له، فوجب القول به.

والجواب أن هذا لا يتفق والسنة: «له غنمه وعليه غرمه»، والحبس الحكمي كافٍ كما أسلفنا.

هاتان نظريتان متقابلتان، إحداهما: للحنفية ومن معهم، والأخرى للشافعية ومن معهم، وغير خافٍ أن في الأخذ بوجهةِ الشافعية ومن معهم جمعاً بين المصلحتين مصلحة الراهن والمرتهن؛ إذ يباح الانتفاع للأول في حدود لا تمس الثاني من قرب أو من بعد، هذا ما بدا لي.... والله أعلم بالصواب.

ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى، وينظر المبسوط ٢١/ ٦٦ ـ ٧١ والزيلعي ٦/ ٦٢ ـ ٦٤ والأم ٣/ ١٤٧ ـ ١٤٨.

جميعاً، وسواء كان الشيوع مقارناً أو طارئاً في ظاهر الرواية؛ لأن كل ذلك يمنع دوام القبض؛ وسواء كان الرهن مِنْ أجنبيٍّ أو من شريكه؛ لأنه لو جاز لأمسكه الشريك يوماً بحكم الملك، ويوماً بحكم الرهن، فتختلف جهة القبض والحبس، فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى، ويصير كأنه رهنه يوماً ويوماً لا، وذا لا يجوز؛ [كذا هذا][1] وعلى هذا أيضاً يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون؛ لأن اتصاله/ بعين المرهون يمنع من إدامة القبض عليه؛ وأنه شرط جواز الرهن.

ومنها: أن يكون فارغاً عما[2] ليس بمرهون.

ومنها: أن يكون منفصلاً مميزاً عما ليس بمرهون، وخرجت على كل واحد منهما مسائله التي ذكرنا، فافهم.

وأما الذي يَرْجِعُ إلى المرهون به فأنواعٌ:

منها أن يكون مضموناً، والكلام في هذا الشرط يقع في موضعين:

أحدُهما: في أصل اشتراط الضمان.

والثاني: في صفة المضمون.

أما الأول فأصلُ الضمان هو كون المرهون به مضموناً شرط جواز الرهن؛ لأن المرهون عندنا مضمونٌ بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه، أو بمعنى استيفاء الواجب، ولسنا نعني بالمضمون سوى أن يكون واجب/ التسليم على الراهن. ٣/٢٠٢ب

والمضمون نوعان: دينٌ وعينٌ.

أما الدين: فيجوز الرهن به بأيِّ سببٍ وجب من الإتلاف والغصب والبيع ونحوها؛[3]

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: ما.

(٣) من شروط المرهون به أن يكون ديناً: فلا يجوز الرهن بالأعيان إذا كانت أمانة كالوديعة.
ومال القراض والعين المستأجرة باتفاق العلماء.
واختلفوا في العين المضمونة كالمغصوب.
فذهب الشافعي إلى أنه لا يرهن بها.
وذهب المالكية إلى أنه يرهن بها.
والحنفية يرون جواز الرهن بها إذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب أما إذا كانت مضمونة بغيرها كالرهن فمحل خلاف عندهم. =

....

= ومنشأ الخلاف هل الشرط في المرهون به أن يكون ديناً كما سلف أو الشرط كونه مضموناً؛ إلى الأول ذهب الشافعي وإلى الثاني ذهب المالكية والحنفية إذ كونه مضموناً أعم.
احتج بقوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾.
وجه الدلالة: أن الله تعالى ذكر الرهن في المداينة فلا يثبت في غيرها وأيضاً لو رهن على قيمتها إذا تلفت لم يصح لأنه رهن على دين قبل ثبوته وسيأتي أنه لا يصح بدين موعود به وأنه رهن على عينها لم يصح لأنه لا يمكن استيفاؤها من المرهون.
استند الحنفية إلى أن الأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمد والمقبوض على سوم الشراء متقرر فيها الوجوب الذي يعتمده الرهن وذلك أن المقبوض على سوم الشراء مثلاً بمجرد القبض صارت ذمة القابض مشغولة بمثل المقبوض إن كان مثلياً أو بقيمة أنه كان متقوماً ما دام مقبوضاً على سوم الشراء على ما جرى عليه جمهورهم ورد العين المقبوضة يكون مخلصاً من ذلك الواجب الذي ثبت في ذمة القابض لا أنه هو الواجب مبدئياً يدل على ذلك صحة الإبراء عنه وانتفاء وجوب الزكاة على من هو في يده في قدر القيمة في ماله ولا يثبت شيء من ذلك لو كان الواجب مبدئياً هو العين المقبوضة وإذا ثبت أن الواجب الأصلي فيها هو المثل أو القيمة فذلك دين ولا شك في صحة الرهن به.
وعلى رأي من قال إن الواجب ابتداء فيها هو العين ورد المثل أو القيمة مخلص من ذلك الواجب عند تعذر الوصول إليه بسبب الهلاك حصل سبب الوجوب للقيمة بالقبض فيصح أيضاً لهذا تعتبر قيمته يوم قبضه فكان في حكم الموجود لوجود سببه كما صحت الكفالة المنجزة به ما ذاك إلا لأن الوجوب لوجود سببه جعل كالموجود فيكون الرهن بهذه الأعيان رهناً بما تقرر وجوبه على ما جرى عليه جمهورهم أو بما تقرر سبب وجوبه على قول البعض وهو صحيح لأن له حكم الموجود.
ويظهر أن المالكية ينزلون العين المضمونة مطلقاً منزلة الدين إذ لم أقف على دليل لهم.
يرد على الحنفية أنه ليس الواجب المثل أو القيمة بل الواجب رد العين نفسها وما ذكروه من انتفاء وجوب الزكاة غير مسلم وكذا صحة الإبراء ويلزم ما ذكره الشافعية من أنه إما أن يكون رهناً بدين موعود به وهو غير جائز أو أن لا يمكن استيفاؤها من المرهون وهذا الأخير وارد على المالكية أيضاً فلا يجوز الرهن بالعين المضمونة فالأولى اشتراط الدينية.
وقد أخذ الوضعيون برأي المالكية.
وأن يكون ثابتاً: لتوضيح هذا نقول: أن للرهن ثلاثة أحوال:
أن يكون عقد الرهن بعد ثبوت الحق في الذمة، وهو جائز باتفاق؛ لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به، فجاز أخذها كالضمان، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.
فجعله بدلاً من الكتابة، فيكون في محلها، ومحلها بعد وجوب الحق، وفي الآية ما يدل على ذلك، وهو قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾.
فجعله جزاء للمداينة مذكوراً بعدها بفاء التعقيب.
أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين؛ بأن يقول البائع: بعتك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر، ترهنني به =

....

= منزلك، فيقول: اشتريت ورهنت.
فيصح أيضاً عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، لأن الحاجة داعية إلى ثبوته، فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق، ويشترطه فيه ـ لم يتمكن من إلزام المشتري عقده، وكانت الخيرة إلى المشتري، والظاهر أن لا يبذله، فتفوت الوثيقة.
أن يقع عقد الرهن على دين موعود به وهو محل خلاف بين الفقهاء فرأى الشافعية والحنابلة أنه لا يجوز وصورته أن يقول: رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً.
ويرى أبو حنيفة ومالك وأبو الخطاب من الحنابلة أنه يجوز فمتى أقرضه الدراهم لزم الدين.
احتج الشافعية والحنابلة بأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة وبأنه كالثمن لا يتقدم البيع.
يرهن الحنفية والمالكية وأبو الخطاب بأن الرهن وثيقة بحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك.
اعترض هذا الدليل بأن الضمان يحتمل أن تمنع صحة وأنه سلم فقياس مع الفارق إذ الضمان التزام مال تبرعاً بالقول فجاز من غير حق ثابت كالنذر بخلاف الرهن فيترجح الأول.
وأن يكون معلوماً للراهن والمرتهن فلو جهلاه أو أحدهما لم يصح وأن يكون لازماً فيجوز أخذ الرهن على دين السلم (المسلم فيه) وعوض القرض والثمن باتفاق للآية: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ وللخبر «روي عن أنس أن النبي ﷺ رهن درعاً عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله».
واختلف العلماء في الرهن على الأجرة قبل الانتفاع في إجارة العين والصداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجناية وغرامة المتلف.
فذهب الجمهور إلى الجواز والظاهرية إلى المنع.
أبد الجمهور بأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وعوض القرض والثمن.
استدل الظاهرية بقوله تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ إلى أن قال: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾.
إذ معناه عندهم أنه يجوز اشتراط الرهن حيث أجازه الله والدين إلى أجل لا يعدو أن يكون بيعاً أو سلماً أو قرضاً فهذه الوجوه يجوز فيها اشتراط التأجيل لورود النصوص بوجوبه في السلم وجوازه في القرض والبيع ولا يجوز فيما عدا ذلك أصلاً لأنه لم يأت في شيء من المعاملات سوى ما ذكرنا نص على جواز اشتراط التأجيل فهو شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل.
وقد اعتبروا السفر قيداً في هذه الثلاثة وفقد الكاتب كذلك وقد بينت أن ذكر السفر ليس للتقييد وإنما هو مخرج مخرج الغالب فلا مفهوم له والسنة مصرحة بجوازه في الحضر.
اعترض عليهم بأن ما ذكر من الصداق وعوض الخلع والأجرة وغير ذلك مقيس على دين السلم وعوض القرض والقياس كاشف عن حكم الله فيه فلم يصدق عليه الحديث الذي ذكروه إذ المراد منه والله أعلم أن كل شرط يخالف ما أمر الله به أو نهى عنه فهو باطل يؤيده «كل شيء ليس عليه أمرنا فهو رد» وليس ما معنا من هذا القبيل فالظاهر اشتراط اللزوم.
ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى، وينظر مغني المحتاج شرح المنهاج ٢/ ١٢٦، والمحلى ٨/ ٨٨.

لأن الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها، فكان الرهن بها رهناً بمضمون فيصح، وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله؛ كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه، وهذا عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لا يجوز الرهن بهذه الديون.

وجه قوله إن سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى أن عين الدين تصير بدلاً عن الدين، لا بطريق الاستيفاء؛ لأن الاستيفاء لا يتحقق إلا عند المجانسة، والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة، فلا يمكن[١] القول بالسقوط بطريق الاستيفاء، فتعين أن يكون بطريق الاستبدال، فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال، وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها.

ولنا أن السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن إن شاء الله تعالى، واستيفاء هذه الديون ممكنٌ.

وأما قوله الاستيفاء يستدعي المجانسة، قلنا: المجانسة ثابتةٌ من وجهٍ؛ لأن الاستيفاء يَقَعُ بمالية الرهن لا بصورته، والأموال كلها فيما يرجع إلى معنى المالية جنس واحد، وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة، ويكتفي بمطلق المالية للحاجة والضرورة؛ كما في إتلاف ما لا مثل له من جنسه، وقد تحققت الضرورة في باب الرهن لحاجة الناس إلى توثيق ديونهم من[٢] جانب الاستيفاء، فأمكن القول بالاستيفاء، وَإِذَا جاز الرهن بهذه الديون فإن هلك الرهن[٣] في المجلس تم الصرف والسلم؛ لأنه صَارَ مستوفياً عين حقه في المجلس لا مستبدلاً، وَإِن لم يملك حتى افترقا بطَلا؛ لفوات شرط البقاء على الصحة؛ وهو القبض في المجلس.

وأما العين فنقول: لا خلافَ في أنه لا يجوز الرهن بالعين التي هي أمانة في يد المرتهن[٤]؛ كالوديعة، والعارية، ومال المضاربة، والبضاعة، والشركة، والمستأجر؛ ونحوها، فإنها ليست بمضمونةٍ أصلاً.

وأما العين المضمونة فنوعان: نوعٌ هو مضمون بنفسه، وهو الذي يجب مثله عند هلاكه إن كان له مِثْلٌ، وقيمته إن لم يكن له مثلٌ؛ كالمغصوب في يد الغاصب، والمهر في يد الزوج، وبدل الخلع في يد المرأة، وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة، ولا خلاف في

(١) في ط: يكون.
(٢) في ط: من.
(٣) في أ: الدين.
(٤) في ط: الراهن.

أنه يجوز الرهن به، وللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يسترد العين، فإن هلك المرهون في يده قبل استرداد العين، والعين قائمة، يقال للراهن: سلِّم العين إلى المرتهن وخذ منه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين؛ لأن المرهون عندنا مضمونٌ بذلك، فإذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن، فإن هَلَكَتِ العين والرهن قائمٌ، صار الرهن بها رهناً بقيمتها، حتى لو هلك الرهن بعد ذلك يهلك مضموناً بالأقل من قيمته وقيمة العين؛ لأن قيمة العين بدلها، وبدل الشيء قائمٌ مقامه؛ كأنه هو.

وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه؛ كالمبيع في يد البائع ليس هو مضموناً بنفسه؛ ألا ترى أنه لو هلك في يده لا يضمن شيئاً، بل هو مضمون بغيره، وهو الثمن، حتى يسقط الثمن [عن][1] المشتري إذا هلك، فَهَلْ يجوز الرهن به؟ ذكر في «كتاب الصرف» أنه يجوز، وله أن يحبسه حتى يقبض المبيع، وَإن هلك في يده قبل القبض يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع، ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه، وله أن يقبض المبيع إذا أوفى ثمنه، وعليه أيضاً ضمان الأقل بهلاك الرهن [في يده][2]، ولو هلك المبيع قبل القبض، والرهن قائم، بطل البيع؛ لأن هلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع[3]، وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع، ولو هلك في يده قبل الرد هلك بضمانه، وهو الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع، ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع؛ لأنه وإن هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته، فكان بطلانه بعوض، فلا يبطل ضمانه، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح الرهن، وبه أخذ الكرخي.

وجه رواية الحسن/ أن قبض الرهن قبض استيفاء المرهون، ولا يتحقق معنى الاستيفاء ٣/٢٠٣أ في المضمون بغيره؛ لأن المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن، إنما يسقط عنه الثمن لا غير.

وجه ظاهر الرواية أن الاستيفاء هاهنا يحصل من حيث المعنى؛ لأن المبيع قبل القبض إن لم يكن مضموناً بالقيمة، فهو مضمون بالثمن.

ألا ترى أنه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري، فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع، فيحصلُ مستوفياً مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى، فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به.

ولو تزوَّج امرأة على دراهم بعينها، أو اشترى شيئاً بدراهم بعينها، فأعطى بها رهناً ـ لم

---

(١) سقط من ط. (٢) سقط من ط.
(٣) في ط: المبيع.

يجز عند أصحابنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ وعند زفر يجوز، بناءً على أن الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات، وإن عينت، فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها، فلم يكن المعين مضموناً، فلم يجز الرهن به، وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض، فكان المعين مضموناً، فجاز الرهن به، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس؛ لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل؛ ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شيء، ولا يسقط عن المرتهن [شيء][1] بمقابلته، ولا يجوز الرهن بالشفعة؛ لأن الشفعة ليست بمضمونة على المشتري؛ بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شيء، ولا يسقط عن المرتهن بشيء بمقابلته، فكان رهناً بما ليس بمضمون، فلم يجز.

وَلاَ يجوز الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون؛ لأنه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط المرتهن شيء بمقابلته، فلم يكن مضموناً أصلاً، فلا يصح الرهن به، ولا يجوز الرهن بأجرة النائحة والمغنية؛ بأن استأجر مغنية أو نائحةً وأعطاهما بالأجرة رهناً؛ لأن الإجارة لم تصح، فلم تجب الأجرةُ، فكان رهناً بما ليس بمضمون، فلم يجز.

ولو دفع إلى رَجُلٍ رهناً ليقرضه، فهلك الرهن قبل أن يقرضه، يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومما سمي من القرض، وَإن حَصَلَ الارتهان بما ليس بمضمون، لكنه في حكم المضمون؛ لأنه قبض الرهن ليقرضه، فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقته في الشرع؛ كالمقبوض على سوم الشراء.

وَأما صفة المضمون فنوعان: أحدُهما متفقٌ عليه.

والثاني:[2] مختلفٌ فيه.

أما المتفق عليه: هو أن يكون مضموناً في الحال، فلا يصح الرهن بما يصير مضموناً في الثاني؛ كالرهن بالدرك؛ بأن باع شيئاً وقبض الثمن وسلم المبيع إلى المشتري، فخاف المشتري الاستحقاق، فأخذ بالثمن من البائع رهناً قبل الدرك، لا يجوز حتى لا يملك الحبس، سواء وجد الدرك أو لم يوجد، ولو هلك يهلك أمانةً، سواء وجد الدرك أو لم يوجد؛ وكذا إذا ارتهن بما يثبت له على الراهن في المستقبل، لا يجوز بخلاف الكفالة، فإنَّ الكفالة بما يصير مضموناً في الثاني جائزة؛ كما إذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك؛ لأن الارتهان استيفاء من وجه للحال، ولا شيء للحال يستوفى، واستيفاء المعدوم محالٌ؛ بخلاف الكفالة؛ ولأن الرهن والارتهان لما كان من باب الإيفاء والاستيفاء أشبه البيع، فلا يحتمل الإضافة إلى

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: الأخذ.

المستقبل كالبيع؛ ولأن القياس يأبى جوازهما جميعاً؛ لأن كل واحد منهما يستدعي مضموناً، إلا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس، ولا تعامل في الرهن، فيبقى الأمر فيه على أصل القياس، وبخلاف ما إذا دفع إلى إنسان رهناً ليقرضه؛ أن الرهن يكون مضموناً، وإن كان ذلك رهناً بما ليس بمضمونٍ في الحال؛ لأن له حكم المضمون، وإن لم يكن مضموناً حقيقة؛ لوجود القبض على جهة الضمان، والمقبوض على جهة شيء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء، ولم يوجد هنا، ولو قال لآخر: ضمنت لك مالك على فلان إذا حل، يجوز أخذ الكفيل والرهن به.

ولو قال: قدم فلان فأنا ضامنٌ مالك عليه، لم يجز أخذ الرهن به، ويجوز أخذ الكفيل، والفرقُ أن في المسألة الأولى الكفالة والرهن [على][1] كل واحد منهما أضيف إلى مضمون في الحال؛ لأن الدين المؤجل واجب قبل حلول الأجل على طريق التوسع، وَإنما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك؛ لأنه لا مضمون هنالك للحال، ولا ما له حكم المضمون؛ بخلاف مَا إذا قال: إذا قدم فلان فأنا/ ضامنٌ ما لك عليه؛ لأن ذلك تعليق الضمان ٣/٢٠٣ب بقدوم فلان، فكان عدماً قبل وجود الشرط، فلم توجد الإضافة إلى مضمون للحال، فبطل الرهن وصحت الكفالة؛ لأنها لا تستدعي مضموناً في الحال، بل في الجملة على ما مَرَّ.

وأما المختلفُ فيه، فهو أن الشرط كونه مضموناً ظاهراً وباطناً، أو كونه مضموناً من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن.

ذكر محمد في «الجامع» ما يدلُّ على أن كونه مضموناً في الظاهر كافٍ، ولا يشترط كونه مضموناً حقيقةً، فإنه قال: إذا ادعى على رجل ألفاً وهي قرض عليه، فجحدها المدعى عليه ثم إنه صالح المدعي من ذلك على خمسمائة. وأعطاه بها رهناً يساوي خمسمائة، ثم تصادقا على أن ذلك المال كان باطلاً، وأنه لم يكن للمدعى عليه شيء، ثم هلك الرهن في يده ـ كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة؛ لأن الدين كان ثابتاً على الراهن من حيث الظاهر.

ألا ترى أنهما لو اختصما إلى القاضي قبل أَنْ يتصادقًا أن القاضي يجبر المدعى عليه على إيفاء الخمسمائة، فكان هذا رهناً بما هو مضمون ظاهراً، فيصح، يدلُّ عليه أن الرهن بجهة الضمان جائزٌ على ما ذكرنا؛ فلأن يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أَوْلَى.

وروي عن أبي يوسف أنه لا يضمن شيئاً؛ لأنهما لما تصادقًا على أنه لم يكن عليه شيءٌ، تبين أن الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلاً، فلم يصح، وكذا ذكر في «الجامع» إذا

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: لصحة.

اشترى من رجل عبداً بألف درهم، وقبض العبد وأعطاه بالألف رهناً يساوي ألفاً، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم قامتِ البينةُ على أن العبد حُرٌّ، أو استحق العبد من يده يهلك مضموناً؛ لأن الألف كانت مضمونة على الراهن ظاهراً، فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر، فجاز؛ وكذا لو اشترى شاةً مذبوحة بعشرة دراهم، أو اشتر دنًّا من خلٍّ وأعطاه بالثمن رهناً، فهلك الرهن ثم علم أن الشاة ميتة والخل خمرٌ، فالرهنُ مضمون لما قلنا؛ وكذا لو قتل عبد إنسان خطأ وأعطاه بقيمته رهناً، ثم علم أن العبد حُرٌّ، كان المرهون مضمونًا بالأقل من قيمته ومن قيمة العبد، لما ذكرنا.

وعلى قياس ما روي عَنْ أبي يوسف يَنبَغِي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضًا؛ لأنه تبين أنَّ الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة، فلم يصح.

ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة، وادعى رب المال عليهما الاستهلاك، وتصالَحا على مالٍ، وأخذ رب المال بالمال رهنًا من المستودع، فهلك عنده، ثم تصادقا على أن الوديعة هلكت عنده ـ يضمن المرتهن عند محمدٍ، وعند أبي يوسف: لا يضمن، وهذا الاختلاف بناءً على اختلافهما في صحة الصلح، فعند محمد: لما صح الصلح كان رهناً بمضمون من حيث الظاهر، فيصح، وعند أبي يوسف: لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة، فلم يصح.

ومنها أن يكون محتملاً للاستيفاء من الرهن، فإن لم يحتمل. لم يصح الرهن به؛ لأن الارتهانَ استيفاءٌ.

وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها أنه لا يجوز؛ لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن، ويجوز الرهن بأرش الجناية؛ لأن استيفاءه من الرهن ممكنٌ، فصح الرهن به.

وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالشفعة أنه لا يصح؛ لأن حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن، فلم يصح الرهن به.

وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالكفالة بالنفس، فإنه لا يجوز؛ لأن المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن.

فصل في حكم الرهن

وأما حكم الرهن، فنقول وبالله التوفيق: الرهنُ نوعان: صحيحٌ وفاسدٌ، أما الأول فله أحكام، بعضُها يتعلق بحال قيام المرهون، وبعضها يتعلق بحالِ هلاكه.

أما الذي يتعلق بحالِ قيامه فعندنا ثلاثة، الأول: ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقتِ الفكاكِ، أو[1] ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك، أو كون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم إلى وقت الفكاكِ والعبارات [الثلاثة][2] متفقة المعاني في متعارف الفقهاء.

والثاني: اختصاص المرتهن ببيع المرهون، أو اختصاصه بثمنه، وهذان/ الحكمان ٣/٢٠٤أ أصليان للرهن عندنا.

والثالث: وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: الحكم الأصلي للرهن واحدٌ، وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون، وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء، فأما حق حبس المرهون فليس بحكمٍ لازم، حتى أن المرهون إن كان شيئاً يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه، كان للراهن أن يستردهُ من يد المرتهن، فينتفع به، فإذا فرغ من الانتفاع ردَّه إليه، وَإن كان شيئاً لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه، كالمكيل والموزون، فليس للراهن أن يسترده من يده؛ احتج بما روي عَنْ رَسُولِ الله ـ ﷺ أنه قال: لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ ولا يَغْلَقُ الرَّهْنُ، هُوَ لِصَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»[3].

---

(١) في ط: و.

(٢) سقط من ط.

(٣) ورد هذا الحديث موصولاً ومرسلاً نحوه ومثله.
أما الموصول فهو من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً.
وقد رواه عن الزهري جماعة وهم زياد بن سعد وإسحاق بن راشد ومالك ويحيى بن أبي أنيسة وابن أبي ذئب وسليمان بن داود ومحمد بن الوليد ومعمر.
أما رواية زياد بن سعد.
فأخرجها ابن حبان (١١٢٣ ـ موارد) والحاكم (٢/ ٥١) والدارقطني (٣/ ٣٢) كتاب البيوع: حديث (١٢٦) والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهون: باب الرهن غير مضمون وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٣١٥) كلهم من طريق سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».
قال الدارقطني: وهذا إسناد حسن متصل.
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري وقد تابعه ـ يعني زياد ـ مالك وابن أبي ذئب وسليمان بن أبي داود الحراني ومحمد بن الوليد الزبيدي ومعمر بن راشد على هذه الرواية «ووافقه الذهبي» وصحح هذا الطريق أيضاً ابن حبان.
وقال أبو نعيم: غريب من حديث ابن عيينة عن زياد عن الزهري تفرد به عبد الله العابدي عن أبيه. =

....

= قلت: وفي كلام أبي نعيم نظر من وجهين.
الأول: قوله عبد الله العابدي عن أبيه فالسند ليس فيه ذكر لوالد عبد الله إنما هو عبد الله العابدي عن سفيان مباشرة.
الثاني: دعوى تفرد عبد الله العابدي به كيف وقد تابعه إسحاق بن الطباع عند ابن حبان في صحيحه.
رواية إسحاق بن راشد.
أخرجها ابن ماجه (٢/ ٨١٦) كتاب الرهون: باب لا يغلق الرهن حديث (٢٤٤١) من طريق محمد بن حميد حدثنا إبراهيم بن المختار عن إسحاق بن راشد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن».
قال الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٥٧): هذا إسناد ضعيف محمد بن حميد الرازي وإن وثقه ابن معين في رواية فقد ضعفه في أخرى وضعفه أحمد والنسائي والجوزجاني وقال ابن حبان: يروى عن الثقات المقلوبات وقال ابن وارة. . . كذاب. اهـ.
رواية مالك.
أخرجها ابن جميع في «معجم شيوخه» (ص ـ ٢١٠ ـ ٢١١) رقم (١٦٨).
من طريق محمد بن كثير والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤)، (٦/ ١٦٥) من طريق إبراهيم بن أبي سكينة ومحمد بن كثير كلاهما عن مالك بن أنس عن الزهري عن سعيد المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».
رواية يحيى بن أبي أنيسة.
أخرجها الشافعي في «الأم» (٣/ ١٦٧) باب ضمان الرهن وفي «المسند» (٢/ ١٦٤) كتاب الرهن حديث (٥٦٨) من طريق الثقة عن يحيى بن أبي أنيسة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة: قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غُنْمُه وعليه غرمه».
رواية ابن أبي ذئب.
أخرجها الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع حديث (١٢٧) والحاكم (٢/ ٥١) والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهن: باب الرهن غير مضمون من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه».
وأخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع حديث (١٣٣) والحاكم (٢/ ٥١) وابن حزم في «المحلى» (٨/ ٩٩) وابن عدي في «الكامل» (٤/ ١٥٤٦) كلهم من طريق عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي ثنا شبابة عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٢٠) وصححه عبد الحق في أحكامه من هذا الطريق، قال ابن القطان: وأراه إنما تبع في ذلك أبا عمر بن عبد البر فإنه صححه وعبد الله بن نصر هذا لا أعرف حاله وقد روى عنه جماعة وذكره ابن عدي في كتابه، ولم يبين من حاله شيئاً إلا أنه ذكر له أحاديث منكرة منها هذا انتهى كلامه وقال في «التنقيح» ـ ابن عبد الهادي ـ: عبد الله بن نصر البزار الأنطاكي ليس بذاك المعتمد وقد روى عن أبي بكر بن أبي عياش وابن علية ومعن بن عيسى وابن فضيل وروى عنه أبو حاتم الرازي. اهـ.
وقد روى ابن أبي ذئب هذا الحديث مرسلاً أيضاً. =

أخبر عليه الصلاة والسلام أن الرهن لا يغلق، أي: لا يحبس، وعندكم يحبس، فكان حجة عليكم؛ وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن إلى الراهن بلام التمليك، وسماه صاحباً له على الإطلاق، فيقتضي أن يكون هو المالك للرهن مطلقاً، رقبة وانتفاعاً وحبساً؛ ولأن

= أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ١٦٣) كتاب الرهن حديث (٥٦٧) وابن أبي شيبة (٧/ ١٨٧) رقم (٢٨٤١) وعبد الرزاق (٨/ ٢٣٧) رقم (١٥٠٣٤) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٠٠) والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهن: باب في زيادات الرهن، من طرق عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلاً.

رواية سليمان بن داود.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع رقم (١٢٨) والحاكم (٢/ ٥١) وابن عدي في «الكامل» (١/ ١٧٦) من طريق أبي ميسرة أحمد بن عبد الله بن ميسرة ثنا سليمان بن داود الحراني عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن حتى يكون لك غنمه وعليك غرمه». .

وأحمد بن عبد الله بن ميسرة ضعيف.

قال ابن عدي: حدث عن الثقات بالمناكير ويحدث عمن لا يعرف ويسرق حديث الناس.

وذكره الدارقطني في «الضعفاء والمتروكين» (٥١).

رواية محمد بن الوليد.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع حديث (١٢٩) والحاكم (٢/ ٥١) من طريق إسماعيل بن عياش ثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».

رواية معمر.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع حديث (١٣١) والحاكم (٢/ ٥٢) من طريق معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن لك غنمه وعليك غرمه».

قال الدارقطني: أرسله عبد الرزاق وغيره عن معمر.

أما الحديث المرسل.

فأخرجه مالك (٢/ ٧٢٨) كتاب الأقضية: باب ما لا يجوز من غلق الرهن حديث (١٣) ومن طريقه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٠٠) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ٢٤٢) عن الزهري عن سعيد بن المسيب به مرسلاً.

وقد تابع مالك جماعة منهم.

يونس وشعيب أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٠٠ ـ ١٠١) ومعمر أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٢٣٧) رقم (١٥٠٣٣) والدارقطني (٣/ ٣٣) والبيهقي (٦/ ٤٠) كتاب الرهن: باب الرهن غير مضمون وتابعه أيضاً ابن أبي ذئب وقد تقدمت تخريج روايته الموصولة والمرسلة.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٢١): قال صاحب التنقيح: وقد صحح اتصال هذا الحديث الدارقطني وابن عبد البر وعبد الحق. . .» اهـ.

قلت: وقد صحح وصله أيضاً الحاكم وابن حبان وابن حزم.

الرهن شُرع توثيقاً للدين، وملك الحبس على سبيل الدوام[1] يضاد معنى الوثيقة؛ لأنه يكون في يده دائماً، وعسى يهلك، فيسقط الدين، فكان توهيناً للدين لا توثيقاً له؛ ولأن فيما قلتم تعطيل العين المنتفع بها في نفسها من الانتفاع؛ لأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلاً، والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيلاً، والتعطيلُ تسييب، وأنه من أعمال الجاهلية، وقد نفاه الله ـ تبارك وتعالى ـ بقوله: ﴿مَا جَعَلَ اللهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ﴾ [المائدة:١٠٣].

ولنا: قولُه تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا، فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] ؛ أخبر الله ـ تعالى ـ بكون الرهن مقبوضاً، وإخباره ـ سبحانه وتعالى ـ لا يحتمل الخلل، فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً ما دام مرهوناً؛ ولأن الرهن في اللغة عبارة عن الحبس؛ قال الله ـ عَزَّ وجل: ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور:٢١] أي: حبيس، فيقتضي أن يكون المرهون[2] محبوسًا ما دام مرهوناً، ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام، لم يكن محبوساً على الدوام، فلم يكن مرهوناً؛ ولأن الله ـ تعالى ـ لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهناً، وأنه ينبىء عن الحبس لغةً، كان ما دل عليه اللفظ لغة حكماً له شرعاً؛ لأن للأسماء الشرعية دلالاتٍ على أحكامها؛ كلفظ الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها؛ ولأن الرهن شرع وثيقة بالدين، فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة، وَإنما يحصل التوثيقُ إذا كان يملك حبسه على الدوام؛ لأنه يمنعه عن الانتفاع، فيحمله ذلك على قضاء الدين في أسرع الأوقات؛ وكذا يقع الأمن عن تواء حقه بالجحود والإنكار؛ على ما عرف.

ولا حجة له في الحديث؛ لأن معنى قوله ـعليه الصلاة والسلام: «لا يُغلقُ الرَّهْنُ أي: لا يملك بالدين؛ كذا قاله أهل اللغة: غلق الرهن؛ أي: ملك بالدين، وهذا كان حكماً جاهليًا، فرده رسولُ الله ـ ﷺ ـ.

وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: هُوَ لِصَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ» تفسيرٌ لقولِهِ: «لاَ يَغلقُ الرّهْنُ»، وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «لَهُ غُنْمُهُ» أي: زوائده،«وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» أي: نفقته وكنفه.

وقوله إن ما شرع له الرهن لا يحصل بما قلتم؛ لأنه يتوي حقه بهلاك الرهن؛ قُلنَا على أحد الطريقين لا يتوى، بل يصير مستوفياً، والاستيفاءُ ليس بهلاكِ الدين.

ـ وأما على الطريق الآخر، فالهلاك ليس بغالبٍ، بل قد يكون وقد لا يكون، وإذا هلك فالهلاك ليس يضافُ إلى حكم الرهن؛ لأن حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس، قوله فيه تسييب ممنوعٌ، فإن بعقد الرهن مع التسليم يصير الراهن موفياً دينه في حق الحبس، والمرتهن

(١) في أ: اللزوم.
(٢) في أ: الرهن.

يصير مستوفياً في حق الحبس، والإيفاء والاستيفاء مِنْ منافع الرهن، وإذا عرف حكم الرهن في حال قيامه، فيخرج عليه المسائل المتعلقة به.

أما على الحكم الأول؛ وهو ملك الحبس؛ فالمسائل المتعلقةُ بهذا الحكم بعضُها يتعلق بنفس الحكم، وبعضها يتعلق بكيفيته.

أما الذي يتعلق بنفس الحكم، فنقول وبالله التوفيق:

ـ ليس للراهن أَنْ ينتفع بالمرهون استخداماً وركوباً ولبساً وسكنى[1]، وغير ذلك؛ لأن حق

---

(١) اتفق الفقهاء على أن كل تصرف من جانب الرّاهن يضر المرتهن ممنوع، واختلفوا في المنافع التي لا يضر استيفاؤها بالمرتهن، هل له أن يستوفيها من غير إذنه أو لا؟.
فمذهب الشافعية والحنابلة في رواية مرجوحة وابن أبي ليلى وابن المنذر: أن الراهن يملك التصرف في منافع المرهون على وجه لا ضرر فيه، كَسُكْنى الدار وزراعة الأرض وركوب الدابة، ويستوفي ذلك بالإجارة والإعارة مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين.
واختلف الشافعية فيما بينهم هل له أن يستوفيها بنفسه أو لا؟.
فذهب بعض أصحابه إلى أنه لا يجوز، وذهب بعض آخر إلى الجواز، وهو الصحيح ويرى فريق ثالث التفصيل: إن كان الراهن ثقة جاز وإلا فلا.
ومنشأ الخلاف أنه ورد عن الإمام الشافعي قولان:
أحدهما: قال: له ذلك.
والثاني: قال: لا يجوز.
ورأى الحنفية والحنابلة: في رواية راجحة والشعبي والثوري: أنه ليس للراهن الانتفاع بالمرهون بالسكنى أو الركوب أو الزراعة أو غير ذلك، ولا يملك التصرف فيه بإجارة أو إعارة أو غيرهما.
واختار المالكية: أن المنافع للراهن إلا أن طريق استيفائها لا يكون إلاّ بمباشرة المرتهن إجارته أو إعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين نائباً عن الراهن بإذنه.
وجنح «ابن حزم» إلى أن منافع المرهون كلها للراهن، إلا إذا كان مركوباً أو محلوباً وامتنع الراهن من الإنفاق عليه، وتولى المرتهن ذلك، فيكون له حينئذٍ ركوب الدابة ولبن الحيوان لا يحاسب به من دينه كَثُرَ ذلك أم قَلّ.
ورجح «أبو ثور» والأوزاعي «والليث» ما قاله «ابن حزم»، إلا أنهم زادوا الاستخدام وشرطوا أن يكون كل ما ذكر بقدر النفقة.
هذه خمسة أقوال في موضوعنا إذا أمعنا النظر فيها وجدناها تؤول إلى قولين؛ لأن أربعة منها متفقة على أن المنافع كلها للراهن، والشق الأخير من القولين الأخيرين: محله الفصل الآتي في انتفاع المرتهن، والخلاف بين المالكية وبين أصحاب الرأي الأول في طريق الاستيفاء فقط.
وسأعرج على بيان وجهة الفريقين في آخر هذا الفصل إن شاء الله تعالى.
فتبين أن الخلاف الجدير بالعناية هو هل للراهن الانتفاع بالمرهون من غير إذن المرتهن أو لا؟
إلى الأول: ذهب الجمهور. =

....

= وإلى الثاني: ذهب الحنفية ومن معهم احتج الجمهور بما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - «الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ» أخرجه «الحاكم» وصححه من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً قال الحاكم: لم يخرجاه؛ لأن سفيان وغيره وقفوه على الأعمش، وقد ذكر «الدارقطني» الاختلاف فيه على «الأعمش» وغيره ورجح الموقوف، وبه جزم «الترمذي» وقال ابن أبي حاتم: قال أي: يرفعه. يعني «أبا معاوية» مرة ثم ترك الرفع بعد ورجح «البيهقي» أيضاً الوقف(٣) إلا أن «ابن حجر» في التلخيص ص ١٠٦ جـ ١٠ من المجموع زاد «وَرَجَّحَ الدَّارَقُطْنِي ثم البيهقي رواية الشافعي عن سفيان عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة» كل ما تقدم في الرواية السابقة.

وهذا الحديث له ألفاظ:

منها: ما سلف، ومنها: ما روي في البخاري (حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بن مُقَاتِلٍ أَخْبَرَنَا عَبْدُ الله بْنُ المُبَارَكِ أَخْبَرَنَا زَكَرِيَّا عَنِ الشَّعْبِيِّ عَن أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً وَلَبَنُ الدَرِ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً وَعَلى الَّذِي يُرْكَبُ وَيُشْرَبُ النَّفَقَةُ».

وجه الدلالة: أنه لا يجوز إلا أن يكون الركوب والحلب لمالكه الراهن؛ لأنه إنما يملك - الركوب والحلب من ملك الرقبة والرقبة غير المنفعة التي هي الركوب والحلب فإذا رهن الرجل داراً أو دابة أو غير ذلك، فسكنى الدار وركوب الدابة للراهن، وكذلك منافع المرهون، ليس للمرتهن منها شيء.

ووجه أيضاً: يشبه أن يكون المرادُ من رَهْنٍ ذَاتِ درّ وظهر لم يمنع الرّاهن من درّها وظهرها، فهي محلوبة ومركوبة له، كما كانت قبل الرهن.

اعترض هذا الدليل بأمور:

أولها: أن فاعل الركوب والحلب والشرب لم يتعين، إذ مركوب ومحلوب اسما مفعول «وَيُرْكَبُ وَيُشْرَبُ» مبنيان للمجهول، فيكون الحديث مجملاً ويرفع الإجمال بظهور أن المراد الراهن بسبب إنفاقه على المرهون الذي هو أثر من آثار الملك ولازم له.

وأما ما قيل: إن المراد: المرتهن بقرينة: أن انتفاع الراهن بالعين المرهونة؛ لأجل كونه مالكاً، والمراد هنا: الانتفاع في مقابلة النفقة، وذلك يختص بالمرتهن فمبني على أن الباء بدلية، وهو خلاف الظاهر إذ كونها سببية أظهر.

وثانيها: أنه ورد في بعض رواياته «إذا ارْتَهَن شَاةً شَرِبَ المُرْتَهِنُ مِنْ لَبَنِهَا بِقَدْرِ عَلَفِهَا فإن اسْتَفضَلَ مِنَ اللَّبَنِ بَعْدَ ثَمَنِ العَلَفِ فَهُوَ رِباً».

وهذا صريح في أن الراكب والشارب المرتهن، وفي رواية هشيم عن زكريا: «إذا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً فَعَلَى المُرْتَهِنُ عَلَفِهَا».

أجاب ابن حزم: بأن «إسماعيل بن سالم» الصائغ تفرد عن هشيم بالزيادة، وأنها من تخليطه وتعقب بأن أحمد رواها في مسنده عن هشيم، وكذلك أخرجه الدارقطني من طريق زياد بن أيوب عن هشيم.

وأجيب من قبل الجمهور: بأن هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين:

أحدهما: التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه.

وثانيهما: تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة، فيكون مردوداً، قال ابن عبد البر: هذا الحديث عند الجمهور ترده أصول مجمع عليها وآثار لا يختلف في صِحَّتها، ويدل على نسخة حديث «ابن عمر» رضي الله عنه عند البخاري بلفظ «لاَ تَحْلِب مَاشِيَةَ امْرِىءٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ». =

....

= ولا يخفى أن جواب غير مقبول، إذ دعوى مخالفة للأصول غير صحيحة، بل السنة الصحيحة من جملة الأدلة، فلا ترد إلا بمعارض أرْجَحَ منها بعد تعذر الجمع وأيضاً حديث ابن عمر عام، وحديث الباب خاص فينبني العام على الخاص والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقتضي بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع، لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان، وجمع الأوزاعي والليث وأبو ثور بأن هذا محمول على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون، فيباح حينئذٍ للمرتهن الإنفاق على الحيوان؛ حفظاً لحياته وإبقاء للمالية فيه، وجعل له في مقابلة نفقة الانتفاع بالركوب أو بشرب اللبن بشرط ألاّ يزيد قدر ذلك أو قيمته على قدر علفه، وهي من جملة مسائل الظفر وهو جمع وجيه.

ولا يرد أن هذا لا يتأتى إلا على رأي من يشرط دوام الحبس في يد المرتهن إذ قد يكون الرّاهن غير محتاج إلى الدّابة المرهونة؛ لوجود أخرى عنده تكفي لقضاء مصلحة، فيتركها عند المرتهن مختاراً وتشح نفسه بنفقتها.

ثالثها: أنه يجوز حمل الحديث على أنه مركوب ومحلوب للراهن بإذن المرتهن وللمرتهن بإذن الراهن.

ولا شك أنه خلاف الظاهر إذ الحديث مطلق في الركوب والحلب، وليس فيه تعليق على الإذن، فالمتبادر أنه المنتفع الراهن.

رابعها: الصحيح: أن هذا الحديث موقوف على «أبي هريرة»؛ ولم يثبت مرفوعاً، ويمكن أن يقال: إن وقفه غير قادح إذ هذا الحكم مما لا مجال للرأي فيه، فيترجح أنه عن النبي ﷺ على أن البخاري رفعه وحسبنا رفعه.

ومنع انتفاء ضرر المرتهن؛ لتمكن الراهن حينئذ من الجحود؛ بفوات الحبس الدائم الذي هو حكم الرهن.

خامسها: أن الشعبي روى الحديث: وأفتى بخلافه، ولا يجوز عنده إلا وهو منسوخ وأرى: أن عمل الشعبي ليس دليلاً على النسخ؛ لجواز نسيانه، فالعمل بالحديث حتى يثبت الناسخ على أن «أبا هريرة» ثبت عنه أنه قال: «صَاحِبُ الرَّهْنِ يَرْكَبُهُ وَصَاحِبُ الدَّرِّ يُحَاسِبُهُ وَعَلَيْهِمَا النَّفَقَةُ»، وقال: «الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ بعلفه»، فلو كان هناك ناسخ؛ لكان أعرف به من الشعبي؛ لسعة اطلاعه في السنة.

فاتضح أن هذا الدليل سالم للجمهور وبما رواه الشافعي أخبرنا ابْنُ أبي فديك عن أبي ذِئْبٍ عنِ ابْنِ شهابٍ عنِ ابنِ المسيِّب أن رسول الله ﷺ - قال: «لاَ يَغْلِقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمَهُ وَعَلَيْهِ غرْمُهُ»، وقال الشافعي في رواية أخرى: (أخبرنا الثقة عن يحيى بن أبي أُنَيْسة عن ابن شهاب عن ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه لا يخالفه.

وجه الدلالة: أن الغنم السلامة والزيادة، فيكون المعنى لا يغلق الرّهن: لا يستحقه المرتهن بأن يدع الراهن قضاء حقه عند محله، ولا يستحق مرتهنه خدمته، ولا منفعته فيه بارتهانه إيّاه ومنفعته لراهنه؛ لأن النبي ﷺ قال: «هُوَ مِنْ صَاحِبِهِ» قال الخطابي: والعرب تضع من موضع اللام، كقولهم: (أمن أم أوفى ذمته لم تكلم) أي: لصاحبه على أن الرواية الأخرى رويت باللام «لصاحبه» ولا شك أن المنافع من الغنم.

نوقش هذا الدليل، بأنه قد اختلف في وصله وإرساله، ورفعه ووقفه وذلك مما يوجب عدم انتهاضه؛ لمعارضته ما في صحيح البخاري وغيره الآتي: =

....

= وسأذكر للقارىء ما قاله العلماء في هذا الحديث.
أخرجه الحاكم وابن حبان في صحيحه وأخرجه أيضاً ابن ماجه من طريق أخرى وصحّح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله عن سعيد بن المسيب بدون ذكر أبي هريرة.
قال في «التلخيص»: (وله طُرُقٌ أُخرى في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة، وقال في «بلوغ المرام»: (أن رجاله ثقات إلا أنه المحفوظ عند أبي داود وغيره إرساله. وساقه ابن حزم. قال: حَدَّثَنَاهُ أحمد بن قاسم نا أبي قاسم بن محمد بن قاسم، نا جَدِّي قاسم بن أَصْبَغ، حدثني محمد بن إبراهيم، حدثني يحيى بن أبي طالب الأنطاكي، وجماعة من أهل الثقة؛ نا نصر بن عاصم الأنطاكي نا شبابة عن ورقاء نا ابن أبي ذئب عن الزُّهري عن سعيد بن المسيّب وأبي أسامة بن عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لاَ يَغْلِقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ لِمَنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»، فهذا مسند من أحسن ما روي في هذا الباب وتعقبه الحافظ بأن قوله نصر بن عاصم تصحيف وإنما هو عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي، وله أحاديث منكرة، وقد رواه الدارقطني من طريق عبد الله بن نصر المذكور، وصحّح هذا الطريق عبد الحق وصحّح أيضاً وصله ابن عبد البر، وقال هذه اللفظة يعني: «لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»، اختلف الرواة في رفعها ووقفها، فرفعها ابن أبي ذئب ومعمر وغيرهما ووقفها غيرهم، وقد روى ابن وهب هذا الحديث فجوده وبين أن هذه اللفظة من قول سعيد بن المسيّب، وقال أبو داود في المراسيل قوله: «لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» من كلام سعيد بن المسيب نقله عنه الزّهري. بعد هذا نستطيع الإجابة بأن الوصل زيادة من الثقة، فتكون مقبولة، وعلى أنه مرسل، فهو مرسل سعيد بن المسيب الذي اتفق الفقهاء على قبول مراسيله، وما نقل عن ابن شهاب من أن «لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» من قول سعيد لا يضرنا إذ معمر أثبت الناس في ابن شهاب، وقد ذكره عنه مرفوعاً، ورواه الشافعي والدارقطني مرفوعاً، وقال: هذا إسناد حسن متصل.
ومن هنا يبدو أنه صالح للاحتجاج به فيدل على ما ذهب إليه الجمهور، ولا معارضة بينه وبين حديث البخاري الآتي، إذ يجمع بينهما بما تقدم.
وبأن الانتفاع لم يدخل في العقد، ولا يضر بالمعقود له فَبَقِيَ على ملكه وتصرفه، كخدمة الأمة المزوجة، ووطء الأمة المستأجرة.
والاحتياط بالأشهاد يحول بينه وبين الانكار، وإذا علم أن القائلين للرّاهن الانتفاع يمنعون إبقاءه عنده إلا في الزمن الذي يستوفي فيه منفعته فقط؛ للضرورة ويلزمونه برده إلى المرتهن في وقت الراحة، إذ الضرورة تقدر بقدرها فمثلاً لو كان ينتفع به نهاراً أعيد إليه ليلاً أو ليلاً أعيد إليه نهاراً، كما أنه إذا أمكن الحصول على كسبه، وهو تحت يد المرتهن منع من وضع يده عليه. يرى أنهم يراعون مصلحة الطرفين، والحبس الدائم الذي هو عبارة عن استمرار القبض، ليس حكماً للرهن، كما سلف فسلم للجمهور هذا الدليل أيضاً.
وبأن عقد الرهن مشروع وبالإجماع المرتهن لا يتمكن من الانتفاع به، فلو قلنا: يمتنع على الراهن الانتفاع به؛ لعطلت العين عن الانتفاع بها؛ بسبب هذا العقد، وذلك مشبه تسييب أهل الجاهلية، فيكون خلاف المشروع.
ومنع أن يكون في هذا تسييب إذ هو يشبهه إذا لم يكن غرض صحيح، فأما إذا كان فيه غرض صحيح، وهو: إضجار الراهن، فلا يؤدي إلى ذلك المعنى.
والمنصف يرى أن أضجار الراهن لا يصلح أن يكون غرضاً صحيحاً إذ فيه ضرر عليه والنبي ﷺ ينهى عن =

....

= الضرر والضرار «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»، وليس هذا بمتعين للحصول على الدين، ولماذا نؤلمه قبل أن يحل الموعد المضروب له، وقد يكون بعيداً، ولم نعهد الشريعة إلا داعية إلى الصالح العام، وناهية عن كل شر؟ فالتوفيق بين المصلحتين أولى.
وبأن المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين؛ يستوفي من ثمنه عند تعذّره من الراهن، وهذا لا ينافي الانتفاع به ولا إعارته ولا إجارته. فجاز اجتماعهما ورد عليه أن يفوت دوام القبض.
وبأن تعطيل منفعته إضاعة للمال، وقد نهى النبي - ﷺ - عن إضاعته وبأن الرهن كالبيع، فإن المشتري يمنع من الانتفاع به، إذا كان الثمن حالاً حتّى يُؤديه ولا يمتنع إذا كان مؤجلاً، فالراهن كذلك.
ورد أن هذا الدليل عليكم لا لكم، وسيقرر في أدلتهم الآتية وستجيب عنه يتضح أن هذه الأدلة سلمت ونهضت على دعوى الجمهور.
احتج الحنفية بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.
وجه الدلالة أنه يقتضي أن يكون مقبوضاً ما دام مرهوناً، وهو مرهون من حين يقبضه المرتهن، إلى أن يؤدي الراهن الدَّين، فينبغي أن يبقى مقبوضاً له وانتفاع الراهن بعدم هذا الوصف فيمنع منه.
وقد بينت فيما سلف ضعف اشتراط استمرار القبض للزوم الرهن.
وبأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء على معنى اختصاص المرتهن بالمرهون حبساً إلى أن يقضي الدين، والراهن لا يتمكن من الانتفاع به ما لم يحوله من يد المرتهن إلى يده، وفيه تفويت موجب العقد ألا ترى أن الدين إذا كان حالاً كان الراهن ممنوعاً من الانتفاع به؛ لكونه مرهوناً عند المرتهن فكذلك إذا كان مؤجلاً. ومنع أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء، كما سَلَفَ في شرط دوام القبض، وإنّما مقتضاه تعلق الحقّ بالمرهون على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غير مناف؛ للانتفاع به، ولو سلمنا أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء، فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عن المرتهن في إمساكه ومستوفياً منفعته لنفسه.
وبأن الرهن كالبيع، فمتى ثبت للبائع حقّ حبس المبيع كان المشتري ممنوعاً من الانتفاع به؛ فكذلك الراهن يمنع من الانتفاع بالمرهون؛ لأن حق الحبس ثابت للمرتهن، إلا أن حقّ الحبس في البيع إنّما يثبت إذا كان الثمن حالاً فهنا أيضاً متى ثبت حقّ الحبس بعقد الرهن ينبغي أن يمنع الراهن عن الانتفاع، وحق الحبس ثابت، سواء أكان الدين حالاً أم مؤجلاً، حتى أنه في غير أوان الانتفاع، وفيما لا ينتفع به مع بقاء عينه المرتهن أحق بإمساكه.
وبهذا يتبين أن انتفاع الراهن تصرف مبطل لحق المرتَهِن فيمنع منه.
وهذا هو الإبراء الأخير على دليل الجمهور.
وهو مبني على اشتراط استمرار القبض، وهو مرجوح.
وبأن الانتفاع ممنوع، كالوطء لما فيه من توهم العلوق به، وبما أن الحكم قد بني على الموهوم، فينبى منع انتفاع الراهن بالمرهون على توهم هلاك الدابة بالركوب كذلك.(١)
وهو قياس مع الفارق إذ في وطئها مانع؛ لأن الوطء مظنّة العلوق، فتصبح أم ولد، فتبطل الوثيقة، وليس كل انتفاع مبطلاً للتوثق؛ بل في الغالب لا إبطال، فلا يفيد هذا القياس منع الراهن من الانتفاع مطلقاً، وليس الحكم مبنياً على التوهم، كما قالوا بل على المظنة على أن هذه الأدلة كلها منقوضة بالعارية والغَصْب والسَّرقة والإجابة بأن القبض في هذه الأشياء غير مستحق، وأن للمرتهن استرداده في أي وقت =

٣/٢٠٤ب الحبس ثابتٌ للمرتهن على سبيل الدوام[1]، وهذا يمنع الاسترداد/ والانتفاع، وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير إذنه لما فيه من إبطال حقه من غير رضاه، ولو باعه توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن، إن أجاز جاز؛ لأن عدم النفاذ لمكان حقه، فإذا رضي ببطلان حقه، زال المانع فنفذ، وكان الثمن رهناً، سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهناً، أو لا في جواب ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه لا يكون رهناً إلا بالشرط؛ لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة، بل المرهون هو المبيع، وقد زال حقه عنه بالبيع، إلا أنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهوناً، فلم يرض بزوال حقه عنه إلا ببدلٍ، وَإذا لم يوجد الشرط زالَ حقُّه أصلاً.

وجه ظاهر الرواية أن الثمن بدل المرهون، فيقوم مقامه، وبه تبين أنه ما زال حقه بالبيع؛ لأنه زال إلى خلف، والزائل إلى خلف قائم معنى، فيقام الخلف مقام الأصل، وسواء قبض الثمن من المشترى أو لم يقبضه؛ لأنه يقوم مقام ما كان مقبوضاً، وَإن رده بطل لما قلنا؛ وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير إذنه؛ لما ذكرنا، ولو فعل توقف على إجازة المرتهن؛ إن رده بطل، وله أن يعيده رهناً، وَإن أجازه جازت الإجازة؛ لما قلنا، وبطل عقد الرهن؛ لأنه زال عن ملكه لا إلى خلف؛ بخلاف البيع، وليس له أن يؤاجره من أجنبيٍّ بغير إذن المرتهن؛ لأن قيام ملك الحبس له يمنع الإجازة؛ ولأن الإجازة؛ بعقد الانتفاع؛ وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه، فكيف يملكه غيره، ولو فعل وقف على إجازته، فإن رَدَّهُ بطل، وَإن أجازت الإجازة لما قلنا، وبطل عقد الرهن، لأنَّ الإجازة إذا جازت وإنها عقد لازم، لا يبقى الرهن ضرورة، والأجرة للراهن، لأنها بدلُ منفعة مملوكةٍ له، وولاية قبض الأجرة له أيضاً؛ لأنه هو العاقد، ولا تكون الأجرة رهناً؛ لأن الأجرة بدل المنفعة، والمنفعةُ ليست بمرهونة، فلا يكون بدلها مرهوناً.

فأما الثمن في باب البيع، فبدل المبيع، وأنه مرهونٌ فجاز أن يكون بدله مرهوناً؛ وكذلك لو آجره من المرتهن، صحت الإجارة، وبطل الرهن إذا جدد المرتهن القبض للإجارة.

أما صحة الإجارة وبطلان الرهن؛ فلما ذكرنا، وأما الحاجة إلى تجديد القبض، فلأن قبض الرهن دون قبض الإجارة، فلا ينوب عنه.

= شاه، فيكون هناك فارق بينها وبين الإجارة والسكنى الخ متكلفة. وقد أسلفنا أن الجمهور يرون أن الضرورة تقدر بقدرها، ويلزم رده إلى المرتهن في وقت الفراغ فلا فارق.

والآن يجدر بي أن أجهر بأن الحق مع الجمهور.

ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى، وينظر الشرح الكبير لابن قدامة ٣٩٧/٤ والمبسوط ١٠٦/٢١، ومغني الحنابلة ٤٣٦/٤؛ والخرشي ٢٤٥/٥، والمحلى ٨٩/٨، ونيل الأوطار ١٩٨/٥، ١٩٩، والأم ١٣٧/٣، ١٤٥.

(١) في أ: اللزوم.

ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الإجارة أو بعد انقضائها، يهلك أمانة إن لم يوجد [منه][1] منع من الراهن، وإن منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الإجارة، ضمن كل قيمته؛ لأنه صار غاضباً بالمنع، وليس له أن يعيره من أجنبيٍّ بغيرِ إذن المرتهن؛ لما ذكرنا، فلو أعار وسلم، فللمرتهن أن يبطل الإعارة ويعيده رهناً وإن أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه، وكذا إذا أعاره بإذن المرتهن؛ بخلاف ما إذا آجره فأجاز المرتهن، أو آجره بإذنه ـ أنه يبطل الرهن؛ لأن الإجارة عقدٌ لازمٌ؛ ألا ترى أن أحد العاقدين لا ينفردُ بالفسخ من غير عذر، فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن، فأما الإعارة[2] فليست بلازمةٍ؛ لأن للمعير ولاية الاسترداد في أيِّ وقتٍ شاء، فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن، إلا أنه يبطل ضمان الرهن؛ لما نذكر في موضعه؛ إن شاء الله تعالى.

وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون[3]، حتى لو كان الرهن عبداً ليس له أن

---

(١) سقط من ط. (٢) في أ: الإجارة.

(٣) الرهن ليس عقد تمليك عين، ولا منفعة عند أحد من العلماء، وإنّما المستحق به الحبس الدّائم تحت يد المُرتهن إلى أن يستوفي دينه عند الحنفية أو تعلق الدين بالعين المرهونة؛ استيفاء منها بالبيع وصيرورة المرتهن أولى بالمرهون، بحيث يقدم على سائر الغرماء عند الشافعية، وقد وقع إجماعهم على أن عين الرهن، ومنافعه ملك للرّاهن، وأن المرتهن لا يملك الانتفاع بشيء من الرّهن فيما إذا لم يأذن له الراهن، ولم يكن المرهون مركوباً أو محلوباً، أو صالحاً للخدمة.

أما إذا كان مركوباً أو محلوباً أو صالحاً للخدمة، ولم يأذن له الرّاهن في الانتفاع، فمحل خلاف بينهم وهاك بيانه.

أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في رواية مرجوحة في المحلوب والمركوب يرون: أنه لا يحل له الانتفاع أصلاً.

وأحمد في الرواية الرّاجحة وإسحاق يجنحان إلى أن للمرتهن أن ينفق على المرهون ويركب أو يحلب بقدر نفقة متحرياً للعدل في ذلك سواء أنفق مع تعذر النفقة من الرّاهن لغيبته أو امتناعه من الإنفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الرّاهن واستئذانه.

وأبو ثور والليث والأوزاعي وأحمد في رواية مرجوحة في الاستخدام يذهبون إلى أن للمرتهن الرّكوب أو الحلب أو الاستخدام بقدر النفقة عند امتناع الرّاهن من الإنفاق.

وابن حزم يرى أن له الرّكوب أو الحلب عند امتناع الراهن من الإنفاق، وليس هذا مقيّداً عنده بقدر النفقة.

احتج الجمهور بقوله ﷺ: «لاَ يَغْلِقُ الرَّهْن مِنْ صَاحِبِهِ الَّذي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»، وفي رواية: «الرَّهْنُ مِنْ رَاهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعليْهِ غُرْمُهُ» وفي رواية: «لاَ يَغْلِقُ الرَّهْنُ لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ».

وجه الدلالة: أن الشارع جعل الغنم الذي هو السلامة والزيادة للراهن والمنافع منه، فهو يملك المرتهن شيئاً منها إلا بإذنه.

نوقش بأنه قد اختلف في وصله وإرساله ورفعه ووقفه، وذلك يوجب عدم انتهاضه لمعارضة ما في صحيح البخاري وغيره الذي استدل به الحنابلة. =

....

= وقد ذكرت ما قاله المحدثون في هذا الحديث في الفصل الأول وأجبت بأن الوصل زيادة من الثقة، فتكون مقبولة. رواه الشافعي والدارقطني مرفوعاً، وقال: هذا إسناد حسن متصل، وعلى أنه مرسل فهو مرسل سعيد بن المسيب الذي اتفق الفقهاء على قبول مراسيله، ولا يقدح ما نقل عن ابن شهاب، من أن «لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» من قول سعيد إذ معمر أثبت الناس في ابن شهاب، فقد ذكره عنه مرفوعاً ـ فسلم للجمهور.

وتعقبه الحنابلة بأنهم يقولون بموجبه، وهو أن النماء للراهن، ولكنهم أعطوا المرتهن؛ ولاية صرفه إلى نفقته؛ لثبوت يده عليه وولايته.

ولا يخفى أن مبني على الرواية الراجحة القائلة بوجوب استدامة القبض عندهم، وقد رددت دليلها وبينت أنها ليست بشرط؛ لبقاء الرهن لازماً وإذاً لا ضرورة لإعطاء المرتهن هذا الحق ما دام الراهن قد أبيح له استرداده والانتفاع به.

وبأن المرهون ملك للراهن، ولم يأذن للمرتهن في الانتفاع به، ولا الإنفاق عليه، فلم يكن له ذلك كالأجنبي وكغير المرهون.

ورد عليه أنه مقابل للنص «الظَّهْرُ يُرْكَبُ» الخ.

ويكون هذا صحيحاً لو كانت الباء ظاهرة في البدلية، أما إذا كانت ظاهرة في السببية، فلا تعارض، وبما أن الإنفاق على المرهون من لوازم الملك تبين أن المنتفع الراهن إلا إذا امتنع من الإنفاق لما سيأتي.

أبد الحنابلة مذهبهم بما رواه البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً وَعَلى الَّذِي يُرْكَبُ وَيُشْرَبُ النَّفَقَةُ».

وجه الدلالة: أن عليه الصلاة والسلام جعل منفعته بنفقته، وهو عين محل النزاع.

اعترض الجمهور عليه بأنه ورد على خلاف القياس إلى آخر ما قالوا في الفصل السابق، وقد بينت أن كلامهم ضعيف إذ السنة الصحيحة من جملة الأدلة، فلا ترد إلا بمعارضة أرجح منها بعد تعذر الجمع إلى آخر ما ذكرت هناك.

وقد شنع ابن القيم على الجمهور قائلاً: «والصواب ما دلَّ عليه الحديث وقواعد الشّريعة وأصولها لا تقتضي سواه فإن المرهون إذاً كان حيواناً فهو محترم في نفسه؛ لحق الله سبحانه وللمالك حق الملك، وللمرتهن حقّ الوثيقة؛ وقد شرع الله ـ سبحانه ـ الرهن مقبوضاً بيد المرتهن، فإذا كان بيده، فلم يركبه ولم يحلبه ذهب نفعه باطلاً وإن مكن صاحبه من ركوبه خرج عن يده وتوثيقه، وإن كلف صاحبه كل وقت أن يأتي بأخذ لبنه شق عليه غاية المشقة، ولا سيما مع بعد المسافة، وإن كلّف المرتهن بيع اللّبن وحفظ ثمنه شق عليه، فكان مقتضى العدل والقياس ومصلحة الراهن والمرتهن والحيوان: أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب ويعوض عنهما بالنفقة، ففي هذا جمع بين المصلحتين وتوفير للحقين، فإن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه والمرتهن إذا أنفق عليه أدى عنه واجباً، وله فيه حق فله أن يرجع ببدله ومنفعة الركوب والحلب تصلح أن تكون بدلاً، فأخذها خير من أن تهدر على صاحبها باطلاً ويلزم بعوض ما أنفق وإن قيل للمرتهن: لا رجوع لك كان فيه ضرر عليه، ولم تسمح نفسه بالنفقة على الحيوان، فكان ما جاءت به الشّريعة هو الغاية التي ما فوقها في العدل والحكمة والمصلحة شيء يختار. =

....

= والمتأمل يرى أن كلامه مبني على اشتراط استمرار القبض، وحقاً لو تم ولم يترجح أن استمراره ليس بشرط؛ لقضت العدالة بما قال: ولكني قد برهنت على نفي اشتراط الاستمرار؛ للزوم الرهن، ومتى كان الأساس واهياً كان البناء متداعياً.

والرد الصحيح على إيراد الجمهور هو ما أشرت إليه قبل كلام «ابن القيم» اكتفاء بذكره في الفصل السابق.
ورد عليه أيضاً أنه لم يبين فيه الراكب والحالب، فيكون مجملاً.

أجاب الحنابلة بأن المراد المرتهن بقرينة أن انتفاع الراهن بالعين المرهونة، وإنفاقه عليها لا بطريق المعاوضة؛ بل لأنه مالك والمراد هنا: الانتفاع في مقابلة النَّفقة، وذلك يختص بالمرتهن.
ويكون هذا الجواب مقبولاً لو كانت الباء ظاهرة في البدل، إما مع احتمال السببية، بل مع ظهورها، فلا وجه له والذي يتمشى مع الأصل يبدو له أن المراد الرّاهن لا المرتهن إذ النفقة أثر من آثار الملك، ولازم من لوازمه التي لا تفارقه.

رجح الحنابلة إرادة المرتهن بأنه قد روي في رواية أخرى، إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن عَلَفِهَا ولبن الدَّرِّ يُشْرَبُ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة(٢). فجعل المنفق المرتهن، فيكون هو المنتفع فهذه الرواية مفسرة للرواية الأخرى. ولا يخفى أنهم بينوا الرواية التي خلت من هذه الزيادة بالرواية التي ذكرتها وتركوا حديث الجمهور الصحيح جانباً، فالأولى الجمع الذي ذكره الليث والأوزاعي وأبو ثور أن فيه عمل بالحديثين، فيباح الركوب أو الحلب عند امتناع الراهن من الإنفاق للمرتهن، ويمتنع في حال بذله النفقة ورعاية مصالح المرهون.

وتعقب أيضاً بأنه كان قبل تحريم الربا، ثم نسخ بقوله ﷺ: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِباً».
ولا شكّ أنه يتوقف على العلم بتأخر الناسخ، وعدم إمكان الجمع والتاريخ مجهول والجمع ممكن، وقد سلف بيانه.

وبأن نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق، وقد أمكنه استيفاء حقّه من نماء المرهون والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه، فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أَخْذُ مُؤْنَتِهَا من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الإنفاق عليها.

وهو مبني على اشتراط دوام القبض، وقد أبطلناه، فلم يتم دليلاً الحنابلة. وجه أبو ثور والليث والأوزاعي بحديث «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» مع حديث «إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً فَعَلَى المُرْتَهِنِ عَلَفُهَا فَإِنِ اسْتَفْضَلَ مِنَ اللَّبَنِ بَعْدَ ثَمَنِ الْعَلَفِ فَهُوَ رِباً».

وذلك أن الحديث الأول جعل الغنم للراهن، فتكون المنافع له ولا يملك المرتهن شيئاً منها بغير إذنه.
والحديث الثاني: جعل المنفق المرتهن، فيكون هو المنتفع فجمعوا بينهما بحمل الأول على ما إذا قام الراهن بحقوق المرهون.

والثاني: على ما إذا عاند وأبى الإنفاق احتفاظاً بحق المرتهن في الوثيقة وإبقاء على حياة الحيوان المحترم لحمد الله ـ تعالى ـ وشطر الدعوى دلّ عليه القياس على الركوب والحلب إذ الاستخدام في معناهما.
اعترض بأن الأصل يقتضي ألا ينتفع المرتهن بشيء منه ترك ذلك في الركوب والحلب؛ للأثر ففيما عداهما يبقى على مقتضى الأصل.

وبقية الحديث «فَإِنِ اسْتَفْضَلَ» الخ تقوى رأي الحنابلة والليث وأبي ثور والأوزاعي في أن الركوب =

يستخدمه، وَإن كان دابة ليس له أن يركبها، وَإن كان ثوباً ليس له أن يلبسه، وَإن كان داراً ليس له أن يسكنها، وَإن كان مصحفاً ليس له أن يقرأ فيه؛ لأن عقد الرهن يفيد ملك الحبس، لا ملك الانتفاع، فإن انتفع به فهلك في حال الاستعمال، يضمن كل قيمته؛ لأنه صار غاصباً، وليس له أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن[1]؛ لأن الثابت له ليس إلا ملك الحبس، فأما ملك

= والشرب يكونان بقدر النفقة. وتحرى العدل استدل ابن حزم بأن النص «وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»، «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ» ورد بتحريم الأموال على غير من له فيها حقّ؛ فالرهن بلا شك حرام على كل ما عدا الراهن، وجاء حديث «الظَّهْرُ» الخ فأخرج المرتهن من هذا العموم؛ لأن له فيه حق الارتهان، ففي حال امتناع الراهن من الإنفاق أباح له الشارع الركوب أو الحلف في مقابلة النفقة، كي يحافظ على وثيقة ببقاء ماليته، ولما كان الحديث مطلقاً، وليس فيه تقييد الركوب والحلب بقدر النفقة حمله على ظاهره.

يرد عليه بصحة «فَإِنِ اسْتَفْضَلَ» الخ.

ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى وينظر الأم ٣/١٤٧، والمبسوط ٢١/١٠٦ ـ ١٠٨، ومغني الحنابلة ٤/ ٤٣٢، ٤٣٣، ونيل الأوطار ٥/١٩٩، والمحلى ٨/٨٩، وأعلام الموقعين ٢/ ١٣٠، ١٣١.

(١) اختلف فقهاء الحنفية فيما بينهم على خمسة أقوال:

الأول: أنه جائز.

الثاني: أنه ليس بجائز.

الثالث: أنه جائز قضاء غير جائز ديانة.

الرابع: أن الإذن إن كان مشروطاً فهو غير جائز وإلا فهو جائز.

الخامس: أن الإذن إن كان مشروطاً، فهو حرامٌ وإن لم يكن مشروطاً، فهو مكروه ذكرها صاحب رسالة الفلك المشحون بما يتعلق بانتفاع المرتهن بالمرهون وذكر طائفة من أقوال الحنفية الدّالة على اختلافهم، ثم اختار القول الرابع وحققه أن الشّرط أعم من أن يكون مشروطاً حقيقة أو حكماً أما حقيقة فبأن يشرط المرتهن في نفس العقد أن يأذن له الراهن بالانتفاع بالمرهون على ما هو المتعارف في أكثر العوام أنهم إذا ارتهنوا شيئاً، ودفعوا الدّين يشترطون إجازة الانتفاع، ويكتبون ذلك في صك الرهن ولو لم يأذن له الرّاهن أو لم يكتب في الصّكّ لم يدفع المرتهن الدّين، ولم يرتهن.

وأما حكماً، فهو ما تعارف الناس عليه في ديارنا أنهم لا يشترطون في نفس المعاملة لكن مرادهم ومنويهم إنّما هو الانتفاع؛ فلولاه لما دفع المرتهن الدّين حتى لو دفعه، ولم يأذن له الرّاهن في مجلس آخر أو أذن، ثم رجع عن إذنه يغضب المرتهن ويريد أخذ دينه، فالاشتراط وإن لم يكن مذكوراً في كلامهم لكنه عين مطلوبهم ومن المعلوم أن المعروف عرفاً كالمشروط.

ومذهب أحمد والحسن وابن سيرين وإسحاق أنه إن أذن الرّاهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض، وكان دين الرهن من قرض لم يجز وإن كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض، وأذن له الراهن في الانتفاع جاز.

ورأى مالك أنه يجوز للمرتهن أن يشرط منفعة المرهون لنفسه مجاناً بشرطين: **الأول**: أن تكون مؤقتة بمدة معينة.

الثاني: أن يكون الرّهن في عقد بيع، لا في عقد قرض. =

....

= واختلف النّقل عن الإمام الشافعي فروي عنه ما يفهم منه المنع مطلقاً وإليه جنح ابن حزم.

وروي عنه ما يفيد أنه إن شرط ما ينفع المرتهن ويضر الرّاهن كشرط منفعته من غير تقييد للمرتهن بطل الشرط، وكذا الرهن في الأظهر، وإن كان شرط الانتفاع مقيداً بمدة، كسنة مثلاً وكان الرهن مشروطاً في بيع، فهو جمع بين بيع وإجارة فيصحان، وصورة ذلك «بِعْتُكَ هذا الثّوب بِدينار على أن تَرْهَنَني به دَارك وتكون سُكْنَاها لي سنة فَيَقْبَل»، فهذا العقد جمع بين بيع الثوب واستئجار الدار سنة بالثوب، فمجموع الدِّينار والمنفعة المعينة ثمن والثوب مبيع وأجرة، فلو عرض ما يوجب انفساخ الإجارة انفسخ العقد فيما يقابل أجرة الدار سنة من الثوب ولا خيار للمشتري؛ لأن الصفقة لم تتحد إذ ما هنا بيع وإجارة والخيار إنما يثبت حيث اتحدت الصفقة، فإذا لم يكن مشروطاً في بيع كرهنتك هذه الدار على كذا على أن يكون لك سُكْنَاها سنة بدينار، فلا يصح، ولعله قول ثان للإمام اطَّلَع أصحاب كتب الفروع عليه.

احتجّ الحنفية على القول الرّابع بما روي أنه ﷺ: «نَهَى عَنْ كُلِّ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعاً»، وما روي «الظَّهْرُ يُرْكَبُ وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ».

إذ النهي صريح في التحريم، فيمتنع على المرتهن الانتفاع بالمرهون مطلقاً مشروطاً كان أم غير مشروط، إلا أن حديث «الظَّهْرُ يُرْكَبُ» الخ خصصه بالمشروط إذ بقيد أنه مركوب ومشروب للمرتهن، فيجمع بينهما بحمل الأول على ما إذا كان مشروطاً حقيقة أو عرفاً.

والثاني: على ما إذا لم يكن مشروطاً أصلاً وأذن الرّاهن والحديث الأول وإن كان متكلماً فيه، لكنه تأيد بآثار الصحابة وعمل الأئمة.

قال «العيني» في «البناية» شرح الهداية: الحديث رواه علي ـ رضي الله عنه ـ وكرم الله وجهه ـ ولفظه قال رسول الله ﷺ ـ «كُلُّ قَرْض جَرَّ نَفْعَاً فَهُوَ رِباً» أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده، وفي سنده سوار ابن مصعب، قال عبد الحق في أحكامه بعد أن أخرجه: هو متروك. انتهى.

وقال ابن الهمام في فتح القدير رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حمزة «أنبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال: سمعت علياً يقول قال رسول الله ﷺ: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعاً فَهُوَ رِباً»، وهو مضعف بسوار قال عبد الحق: متروك ـ وكذا قال غيره. رواه أبو الجهم في جزئه المعروف عن سوار أيضاً وأحسن ما هاهنا عن الصحابة ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدَّثنا خالد الأحمر عن حجّاج عن عطاء قال: «كَانُوا يكرهون كُلَّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً» اهـ. وقال الحافظ ابن حجر العسقلاني في «تلخيص الحبير» عند ذكر هذا الحديث، قال عمر بن بدر في «المغني»: لم يصح فيه شيء عن النبي ﷺ. وأما إمام الحرمين فقال: أنه صح وتبعه الغزالي، وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» من حديث علي وفي إسناده سوار بن معصب متروك، ورواه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد، موقوفاً بلفظ: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ وَجْهٌ مِنْ وُجُوهِ الرِّبَا» ورواه في «السنن الكبرى» عن ابن مسعود وأبي ابن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس ـ رضي الله عنهم ـ موقوفاً عليهم اهـ، وفي مختصر «إغاثة اللهفان لابن القيم المسمى «بتبعيد الشيطان» «مَنَعَ رَسُولُ الله ﷺ مِنَ القَرْضِ الَّذِي يَجُرُّ النَّفْعَ وَجَعَلَهُ رِباً وَمَنَعَ مِنْ قَبُولِ هَدِيَّةِ المُقْتَرِضِ إنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا عَادَةٌ جَارِيَةٌ بِذَلِكَ قَبْلَ القَرْضِ». ففي سنن ابن ماجه عن يحيى بن إسحاق الهنائي، قال: سألت أنس بن مالك والرجل منا يقرض أخاه المال فيهدى إليه، فقال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُم قَرْضاً فَأَهْدَى إِلَيْهِ أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ فَلاَ يَرْكَبْهَا وَلا يَقْبَلْهُ إلاّ أَنْ يَكُونَ جَرَى =

....

= بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ»، وروى البخاري في تاريخه عن بريدة بن أبي يحيى الهنائي عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ فَلاَ يَأْخُذْ هَدِيَّةً»، وفي صحيح البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى: قدمت المدينة، فلقيت عبد الله بن سلام فقال لي: «إِنَّكَ بِأَرْضِ الرِّبَا فِيهَا فَاسق فإذا كان لك على رجل حقٌّ فأُهدي إليك حمل تبن أو شعيز فلا تأخذه فإنه ربا»، وجاء هذا المعنى عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وغيرهم والمراد بالكراهة الكراهة التحريمية، كما يفيده تعليلهم بأنه ربا، وهي المرادة من الحرمة في قول من تكلم بحرمة المشروط فإن المكروه التحريمي قريب من الحرام، بل كأنه هو وصور الإذن الغير المشروط بألا يشترط المرتهن ذلك في نفس العقد، ولا يدفع الدين بهذا الشرط، ولا ينوي أيضاً بدفع الدين إباحته وأنه لولاه؛ لما دفع، بل قصد مجرد الحبس والتوثق، وهذا لا شبهة في جوازه، فإنه ليس فيه ربا ولا شبهة الربا، فإن كان الانتفاع في هذه الصورة مورثاً إلى شيء، فليس هو إلا شبهة شبهة الرّبا. وهي غير معتبرة. وهذا كما إذا أذن رجل لغيره في الانتفاع بملكه بطيب خاطره من غير رهنه، فإن يجوز بلا شبهة، فكذا إذا أجاز المالك، وهو الراهن الانتفاع بالمرهون للمرتهن بطيب خاطره جاز للمرتهن ذلك؛ لأنه أذن على حدة ليس بشرط في الرهن لا حقيقة ولا عرفاً لكن مع ذلك الانتفاع خلاف الأولى والاحتراز عنه أولى، فالاحتراز في هذه الصورة تقوى، والانتفاع فتوى، وهذه الصورة مما يعز وجودها في زماننا ويندر، ولا يرتكبها إلا الأقل الذي لا يكاد يوجد والشائع في زماننا هو المشروط حقيقة أو عرفاً الأولى مسلك العوام.

والثانية: مسلك الخواص، وقد اغتر كثير من علماء عصرنا، ومن سبقنا بظاهر عبارات الفقهاء أنه يجوز الانتفاع للمرتهن بالإذن فأفتوا به مطلقاً من دون أن يفرقوا بين المشروط وغيره ومن دون أن يتأملوا أن المعروف كالمشروط فضلُّوا وأضلُّوا وقد التزمت «صاحب رسالة الفلك المشحون» أنا من مدة مديدة أفي كلّما سئلت عن الانتفاع بالإذن أجبت بالكراهة؛ لعلمي منهم أن الإذن عندهم يكون مشروطاً حقيقة أو عرفاً والإذن المجرد عن شوب الاشتراط الحقيقي والعرفي نادر قطعاً.

وأما القول الخامس، وهو أنه إن كان مشروطاً، فهو حرام وإلا فهو مكروه، فمحمول على الفرق بين المشروط حقيقة وبين ما هو في حكم المشروط، وحينئذٍ فهذا القول موافق للرّابع المختار بأن يكون المراد من قولهم وإلا بألا يكون ذلك مشروطاً حقيقة، بل عرفاً فهو مكروه، وإن كان مرادهم بذلك حكم الكراهة في صورة الإذن الخالي عن شائبة الاشتراط الحقيقي والعرفي، فلا يظهر وجهه لأنه ليس فيه وجود الربا ولا شبهة ويخالفه صريح الحديث الذي مر ذكره.

وأما القول الثالث: أنه جائز قضاء لا ديانة، فهو ما اختاره صاحب منح الغفار ورده الحموي بأن ما كان ربا لا يظهر فيه الفرق بين الدّيانة والقضاء، وهو رد مستحكم إلا أن يراد بالدّيانة والقضاء التّقوى والفتوى.

وأما القول الثاني: وهو أنه ليس بجائز مطلقاً، فينبغي أن يحمل ذلك على الشروط حقيقة أو عرفاً.

وأما القول الأول: فينبغي أن يحمل على غير المشروط حقيقة أو حكماً.

وأصحاب القول الأول والثاني، وإن لم يفصلوا في حكمهم، لكنه يجب أن يكون مقصودهم، كما يقتضيه تعليلهم وقواعدهم إذ علّل الثاني بأنه أذن في الرّبا؛ لأنه يستوفي دينه فتكون المنفعة ربا.

والأول بأنه ليس متعديًا مع إذن الرّاهن فظهر أن الأولى بالقبول هو الفرق بين المشروط، وغير المشروط =

....

= وأن المشروط أعم من أن يكون حقيقة أو حكماً؛ لكون المعروف كالمشروط.

ثم قال صاحب رسالة «الفلك المشحون»: فإلى الله المُشتكى من صنيع جهلاء زماننا يشترطون الإذن في الرّهن أو يقصدون ذلك وأنه لولاه لما ارتهنوا ويظنون جوازه أخذاً من قول الفقهاء، ويجوز بالإذن وشتّان ما بين مرادهم ومرادهم.

وإذا لاحظنا أن المعروف عرفاً كالمشروط، وأن الناس إنّما يريدون الانتفاع عند الدفع ولولاه لامتنعوا عنه ظهر إلا فارق بين قولي التفصيل والمنع مطلقاً الذين سبق ذكرهما ورأيه المنع.

ورد على الحنفية أن حديث «الظّهر» الخ محمول على ما إذا امتنع الرّاهن من الإنفاق على المرهون، كما سلف جمعاً بينه وبين حديث «لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» لا على حالة الإذن في غير المشروط حقيقة أو عرفاً، كما قالوا، وهذا هو التوفيق بينه وبين حديث «كُلُّ قَرْضٍ» الخ أيضاً.

تمسّك الحنابلة، ومن معهم بقوله ﷺ «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعاً فَهُوَ رِباً» قال أحمد: أكره قرض الدور، وهو الربا المحض يعني: إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن ولا نهى في غير القرض، فيجوز انتفاع المرتهن بالإذن.

اعترض عليهم؛ بأنه استدلال: بمفهوم اللقب، وهو مردود وبأن قوله ﷺ: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَ نَفْعاً» فخرج مخرج الغالب؛ فلا مفهوم له.

وبأن الدّين إن كان من بيع مثلاً وأباح الرّاهن الانتفاع من غير تعيين مدة كان بيعاً فاسداً وإجارة فاسدة للجهالة بالمدة، ومقدار الأجرة والثمن وإن عينت المدة بقي جهل الأجرة والثمن وإذا حملنا الإذن على الهبة؛ فلا نشك في أن الراهن تحت تأثير الحاجة فدلي رغبة المرتهن، ولم تطب نفسه والنبي ﷺ يقول: «لا يَحِلّ مَالُ امْرِىءٍ إلاَّ بِطِيبٍ مِنْ نَفْسِهِ» وجه المالكية بأن تعيين المدة؛ للخروج من الجهالة في الإجارة وأن اشتراط الانتفاع في عقد البيع يجعله بيعاً وإجارة، وذلك جائز وفي القرض سلف جَرّ نفعاً وهو لا يجوز.

ورد عليهم جهل الاجرة الذي يبطل الإجارة وجهل الثمن الذي يبطل البيع وجه رأي الشافعي الأول وابن حزم أنه شرط ليس في كتاب الله ـ تعالى ـ فهو باطل وإني ذاكر للقارىء كلمة من كتاب «الأمّ» تزيد وجهته إيضاحاً.

«وإذا رهن الرجل الرجل عبداً أو داراً أو غير ذلك فسكنى الدار وإجارة العبد وخدمة للراهن كذلك منافع الرهن للراهن، ليس للمرتهن منها شيء فإن شرط المرتهن على الراهن أن له سكنى الدار أو خدمة العبد أو منفعة الرهن أو شيئاً من منفعة الرهن ما كانت أو من أي الرّهن كانت داراً أو حيواناً. أو غيره فالشرط باطلٌ وإن كان أسلفه ألفاً على أن يرهنه بها رهناً وشرط المرتهن لنفسه منفعة الرهن؛ فالشرط باطل؛ لأن ذلك زيادة في السّلف وإن كان باعه بيعاً بألف وشرط البائع للمُشتري أن يرهنه بألفه رهْناً، وأن للمرتهن منفعة الرهن، فالشرط فاسد والبيع فاسد؛ لأن لزيادة منفعة الرهن حصة من الثمن غير معروفة، والبيع لا يجوز إلا بما يعرف ألا ترى أنه لو أرهنه داراً على أن للمرتهن سكناها حتى يقضي حقّه كان له أن يقضيه حقّه من الغد وبعد سنين، ولا يعرف كم ثمن السكن؟ وحصته من البيع وحصة البيع لا تجوز الا معروفة مع فساده من أن بيع وإجارة، ولو جعل ذلك معروفاً فقال: أرهنك داري سنة على أن لك سُكْنَاهَا في تلك السنة كان البيع والرّهن فاسداً من قبل: أن هذا بيع وإجارة لا أعرف حصة الإجارة ألا ترى أن =

العين فللراهن، والبيع تمليك العين، فلا يملكه المرتهن من غير إذن الراهن، ولو باع من غير إذنه وقف على إجازته، فإن أجازه جاز وكان الثمن رهناً.

وكذا إذا باع بإذنه جاز، وكان ثمنه رهناً، سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه، ولو هلك كان الهلاك على المرتهن، وهذا يشكل على/الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن، وهو أنْ لا يكون المرهون ديناً والثمن ديناً في ذمة المشتري، فكيف يصلح[1] رهناً. ٣/٢٠٥أ

والجواب: أنَّ الدين يصلحُ رهناً في حال البقاء، وإن كان لا يصلح ابتداءً؛ لأنه في حالة البقاء بَدَل المرهون، وبدل المرهون مرهونٌ؛ لأنه قائم مقام المرهون؛ كأنه هو بخلاف حالة الابتداء، وَإن رد بطل وعاد المبيع رهناً كما كان، ولو هلك في يد المشتري قبل الإجارة لم يجز بالإجارة؛ لأن قيام المعقود عليه شرط صحة الإجارة، والراهن بالخيار: إن شاء ضمّن المرتهن، وَإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهما صار غاصباً للمرتهن بالتسليم والمشترى بالقبض، فإن ضمن المرتهن، جاز البيع والثمن للمرتهن، وكان الضمان رهناً؛ لأنه ملكه بالضمان، فتبين أنه باع ملك نفسه، فجاز وكان الثمن له؛ لأنه بدل ملكه، والضمان

= الإجارة لو انتقضت بأن يستحق المسكن أو ينهدم، فلو قلت تقوم السكنى، وتقوم السلعة المبيعة بالألف فتطرح عنه حصّة السُّكْنَى من الألف وأجعل الألف ببابهما ولا أجعل للمشتري خياراً دخل عليك أن شيئين ملكا بألف، فاستحق أحدهما فلم تجعل للمشترى خياراً في هذا الباقي، وهو لم يشتره إلا مع غيره، أو لا ترى أنّك لو قلت: بل أجعل له الخيار دخل عليك أن ينقض بيع الباقي، بأن يستحق معها كراء ليس هو ملك رقبة ألا ترى أن المَسْكِنَ إذا انهدم في أول السنة، فإن قومت كراء السنة في أولها لم يعرف قيمة كراء آخرها؛ لأنه قد يغلو ويرخص وإنما يقوم كل شيء بسوق يومه، ولا يقوم ما لم يكن له سوق معلوم. فإن قلت: بل أقوم كل وقت مضى وأترك ما بقي حتى يحضر فأقومه. قيل لك: أفتجعل مال هذا محتبساً في يد هذا إلى أجل، وهو لم يؤجله.

قال: فإن شبه على أحدٍ بأن يقول: قد تجيز هذا في الكراء إذا كان منفرداً فيكتري منه المنزل سنة، ثم ينهدم المنزل فيرده عليه بما بقي.

قيل: نعم ولكن حصّة الشهر الذي أخذه معروفة لا نقومه إلا بعد ما يعرف بأن يمضي، وليس معها بيع، وهي إجارة كلها.(١)

ولا يظهر دليل للقول الثاني الذي في كتب الفروع اللَّهُمّ إلا إذا وجه بما وجه به الحنابلة فيما سلف، وقد ناقشته نقاشاً لا يدع مجالاً للشّكّ في بطلانه إذا نظرنا للواقع رأينا أن الرهن بدون شرط الانتفاع الحقيقي أو العرفي لا وجود له. فتلاقى رأي الحنفية ورأي الشافعي في «الأم» وابن حزم، واتفقا على المنع مطلقاً، وهو الراجح عندي.

ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى، وينظر المحلى ٨/٨٩، ٩٠ ومغني الحنابلة ٤/٤٣١، والخرشي ٥/ ٢٤٩، ٢٥٠، والأم ٣/١٣٧ وتحفة المحتاج شرح المنهاج ٥/٥٢، والفلك المشحون ص ٩ ـ ١٧.

(١) في أ: يكون.

يكون رهناً، لأنه بدل المرهون، فيكون مرهوناً.

وقيل: إنما يجوز البيع بتضمين المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولاً، ثم باعه منه، فأما إذا باعه ثم سلمه؛ فإنه لا يجوز؛ لأن سبب ثبوت الملك هو التسليم؛ لأنه سبب وجوب الضمان، وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع، فلا يجوز البيع، كما إذا باع مال غيره بغير إذنه، ثم اشتراه منه؛ أنه لا يجوز بيعه؛ كذا هذا، وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل.

ولو ضمن المشتري بطل البيع؛ لأن بتضمين المشتري لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه، والضمان يكون رهناً؛ لأنه بدل المرهون، ويرجع المشتري على البائع بالثمن؛ لأن البيع لم يصح، وليس له أن يرجع بالضمان عليه، وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير إذن الراهن؛ لأن الهبة والتصدق تمليك العين، والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين، فلا يملكها كما لا يملك البيع، فإن فعل وقف على إجازة الراهن إن أجاز جاز، وبطل الرهن، وإن رد عاد رهناً كما كان.

ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الإجازة، فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن، وإن شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه؛ لما ذكرنا، وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه، أما المرتهن فلا شك فيه؛ لأنه ملك المرهون بالضمان، فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه.

وَأما الموهوب له والمتصدق عليه؛ فلأن الرجوع بالضمان بحكم الضرر، وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة، بخلاف البيع والإجارة، وليس له أن يؤاجره من غير الراهن بغير إذنه؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة، والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة، فكيف يملكها من غيره، فإن فعل وقف على إجازة الراهن، فإن أجاز جاز وبطل الرهن، لما ذكرنا فيما تقدم، وكانت الأجرة للراهن، ولا تكون رهناً لما مر، وولاية قبضها للمرتهن؛ لأن القبض من حقوق العقد والعاقد هو المرتهن، ولا يعود رهناً إذا انقضت مدة الإجارة؛ لأن العقد قد بطل، فلا يعود إلا بالاستئناف، وإن رد بطل وأعاده رهناً كما كان.

ولو أجره بغير إذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده، فالراهن بالخيار: إنْ شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر، وَإن شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحدٍ منهما، وهو التسليم والقبض، غير أنه إن ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر، لكنه يَرْجِعُ عليه بأجرة قدر المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك؛ لأنه ملكه بالضمان، فتبين أنه آجر ملك نفسه، فصح وكانت الأجرة له؛ لأنها بدلُ منفعة مملوكة له، إلا أنها لا تطيب له، وَإن ضمن المستأجر فالمستأجر يَرْجع بما ضمن على

المرتهن؛ لأنه صار مغروراً من جهته، فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة، ولا أجرة عليه؛ لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان.

وَلَوْ سلم واسترده المرتهن عاد رهناً كما كان؛ لأنه لما استرده فقد عاد إلى الوفاق بعد ما خالف، فأشبه المودع إذا خالف في الوديعة، ثم عاد إلى الوفاق، والأجر للمرتهن، لكن لا يطيب له؛ كالغاصب إذا آجر المغصوب، وليس له أن يغير الرهن من غير المرتهن[١] بغير إذنه/ لما ذكرنا في الإجارة، فإن أعاره وسلمه إلى المستعير، فللراهن أن يبطل الإعارة، فإن ٣/٢٠٥ب هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار: إن شاء ضمن المرتهن، وَإن شاء ضمن المستعير، وأيهما ضمن لا يرجع [بما ضمن][٢] على صاحبه، ويكون الضمان رهناً.

أما عدم الرجوع على المرتهن؛ فلأنه ملكه بالضمان، تبين أنه أعار ملكه، وأما المستعير؛ فلأن الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الإجارة، وأما كون الضمان رهناً فلأنه بدل المرهون، فيكون مرهوناً، وَإن سلم واسترده من المستعير عاد رهناً كما كان؛ لأنه عاد إلى الوفاق، فالتحق الخلاف فيه بالعدم.

ولو أعاره بإذن الراهن أو بغير إذنه وأجاز جاز، ولا يبطل الرهن، لكن يبطل ضمان الرهن؛ لما نذكر؛ بخلاف الإجارة؛ فإنها تبطل الرهن، وقد مَرَّ الفرق، وليس له أن يرهنه بغير إذن الراهن؛ لأنه لم يَرْضَ بحبس غيره، فإن فَعَلَ فللراهن الأول أنْ يبطل الرهن الثاني، ويعيده إلى يد المرتهن الأول؛ لأن الرهن الثاني لم يصح، فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الإعادة[٣] إلى الأول، فالراهن الأول بالخيار: إن شاء ضمن المرتهن الأول، وَإن شاء ضمن المرتهن الثاني، فإن ضمن المرتهن الأول جاز الرهن الثاني؛ لأنه ملكه المرتهن الأول بالضمان، فتبين أنه رهن ملك نفسه.

وَلَوْ هَلَكَ في يد المرتهن الثاني يهلك بالدين، فكان ضمانه رهناً؛ لأنه بدل المرهون، وَإن ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني، ويكون الضمان رهناً على المرتهن الأول؛ لكونه بدل المرهون، ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الأول بما ضمن وبدينه.

أما الرجوعُ بالضمان؛ فلأنه صار مغروراً من جهته، فيرجع عليه، وأما الرجوع بدينه؛ فلأن الرهن الثاني لم يصح، فيبقى دينه عليه كما كان، وإن رهن عند الثاني بإذن الراهن الأول، جاز الرهن الثاني، وبطل الرهن الأول.

---

(١) في ط: الراهن.
(٢) سقط من ط.
(٣) في أ: الإعارة.

أما جواز الرهن الثاني فلأن المانعَ من الجواز قد زَالَ بإذن الراهن الأول، فإذا أجاز الثاني بطل الأول ضرورةً، وصار كأن المرتهن الأول استعار مال الراهن الأول ليرهنه بدينه فرهنه، وليس له أن يودعه عند أجنبيٍّ ليس في عياله؛ لأن الراهن لم يرض إلا بيده أو بيد مَنْ يدُهُ في معنى يده، ويد الأجنبيِّ الذي ليس في عياله ليست في معنى يده، فإن فعل وهلك في يد المودع، ضمن كل قيمته؛ لأنه صار غاصباً بالإيداع، وله أن يدفعه إلى مَنْ هو في عياله؛ كزوجته وخادمه وأجيره الذي يتصرفُ في ماله؛ لأن يَدَ هؤلاء كيدِهِ؛ ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم، فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده، والأصل في هذا أن للمرتهن أن يفعل في الرهن ما يعد حفظاً له، وليس له أن يفعل ما يعد استعمالاً له وانتفاعاً به.

وعلى هذا يخرج ما إذا ارتهن خاتماً فجعله في خنصره، فهلك، ضمن كل قيمته؛ لأن التختم بالخنصر مما يتجمل به عادةً، فكان استعمالاً له، هو مأذونٌ في الحفظ لا في الاستعمال، ويستوي فيه اليمنى واليسرى؛ لأن الناس يختلفون في التجمل[1] بهذا النوع، منهم مَنْ يتجمَّلُ بالتختم في اليمنى. ومنهم مَنْ يتجمل به في اليسرى، فكان كل ذلك استعمالاً.

ولو جعله في بقية الأصابع فهلك يهلك هلاك الرهن؛ لأن التختم بها غير معتاد، فكان حفظاً لا استعمالاً.

ولو لبس خاتماً فوق خاتم، فهلك، يرجع فيه إلى العرف والعادة، فإن كان اللابس ممن يتجمل بخاتمين يضمن؛ لأنه مستعمل له، وَإن كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه؛ لأنه حافظ إياه.

ولو رهنه سيفين فَتَقَلَّدَ بهما، يَضْمَنُ، ولو كانت السيوف ثلاثة فتقلد بها، لم يضمن؛ لأن التقلد بسيفين معتاد في الجملة، فكان من باب الاستعمال.

فأما بالثلاثة فليس بمعتاد، فكان حفظاً لا استعمالاً، وَإن كان الرهن طيلساناً أو قباء، فلبسه لبساً معتاداً، يضمن، وَإن جعله على عاتقة فهلك، يهلك رهناً، لأن الأول استعمالٌ، والثاني حفظٌ، وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه بإذن القاضي؛ لأن بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ، فله أن يبيعه، لكن بإذن القاضي[2] له؛ لأن له ولاية في مال غيره في الجملة، فإن باع بغير إذنه[3]، ضمن، لأنه لا ولاية له عليه/ ، وإذا باع بأمر الحاكم كان ثمنُهُ ٣/٢٠٦أ رهناً في يده؛ لأنه بدلُ المرهون، فيكون رهناً، وله أن يطالب الراهن بإيفاء الدين مع قيام عقد الرهن إذا لم يكن الدين مؤجلاً؛ لأن الرهنَ شُرع لتوثيق الدين، وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإيفاء الدين.

---

(١) في أ: العمل.
(٢) في أ: الحاكم.
(٣) في أ: أمره.

وَلَوْ طالب المرتهن الراهن بحقه، فقال الراهن: بِعْهُ واستوفِ حقَّكَ، فقال المرتهن: لا أريد البيع، ولكن أريد حقي، فله ذلك؛ لأن الرهن وثيقة، وبالبيع يخرج عن كونه رهناً، فيبطل معنى الوثيقة، فله أن يتوثق باستيفائه إلى استيفاء الدين.

ولو قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك بدينك، أو بيع بحقك ـ لم يجز، وهو رهنٌ على حاله؛ لأن هذا تعليق التمليك بالشرط، وأنه لا يتعلق بالشرط، وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضَا الراهن، لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبي حنيفة ـ عليه الرحمة، وعندهما له أن يبيعه عليه، وهي مسألة الحجر على الحر، وقد ذكرناها في «كتاب الحجر».

وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن؛ كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك، والكلام في العدل في ثلاثةِ مواضع:

أحدها: في بيان ما للعدل أن يفعله في الرهن، وما ليس له أن يفعله فيه.

والثاني: في بيان من يصلح عدلاً في الرهن ومن لا يصلح.

والثالث: في بيان ما ينعزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينعزل.

أما الأول، فنقول وبالله التوفيق: للعدل أَنْ يمسك الرهن بيده وبيد مَنْ يحفظ ماله بيده، وليس له أن يدفعه إلى المرتهن بغير إذن الراهن، ولا إلى الرَّاهن بغير إذن المرتهن قبل سقوط الدين؛ لأن كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه في يدِ العدل.

ولو دفعه إلى أحدهما من غير رضا صاحبِهِ، فلصاحبه أن يسترده ويعيده إلى يد العدل كما كان، ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته؛ لأنه صار غاصباً بالدفع، وليس له أن ينتفع بالرهن، ولا أن يتصرف فيه بالإجارة والإعارة، والرهن وغير ذلك؛ لأن الثابت له بالوضع في يده هو حق الإمساك لا الانتفاع والتصرف، وليس له أن يبيعه لما قلنا، إلا إذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن، أو متأخراً عنه، فله أن يبيعه؛ لأنه صار وكيلاً بالبيع، إلا أن التسليط إذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن، وإذا كان متأخراً عن العقد يملك لما ذكرنا.

وله أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن؛ لكونها مرهونة تبعاً للأصل؛ وكذا له أن يبيع ما هو قائم مقام الرهن، نحو إن كان الرهن عبداً فقتله عبدٌ أو فَقَأَ عَيْنَهُ؛ لأنه إذا قام مقامه جعل كأن الأول قائم، ثم إذا سلطه على البيع مطلقاً. فله أن يبيعه بأيِّ جنسٍ كان من الدراهم والدنانير وغيرهما، وبأي قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه، قدر ما يتغابن الناس فيه، وبالنقد والنسيئة عند أبي حنيفة، وله أن يبيع قبل حلول الأجل، لأن الأمر بالبيع مطلقٌ، وَإذا باع كان

الثمن رهناً عنده إلى أن يحل الأجل؛ لأن ثمنَ المرهونِ مرهونٌ، فإذا حلَّ الأجل أوفى دين المرتهن إن كان من جنسه، وَإن سلط على البيع عند المحل، لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا.

وَلَوْ كان الرهن بالمسلم فيه فسلَّطه على البيع عند المحل، فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبي حنيفة، وعندما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه، وهي مسألة الوكيل بالبيع المطلق؛ أنه يبيع بأيِّ ثمنٍ كان عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: ليس له أن يبيع بما لا يتغابن الناس فيه، ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير، إلا أنهما جَوَّزَا ما في مسألة السلم بجنس المسلم فيه؛ لأن الأمر بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب إلى القضاء منه.

ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة، فإن نهاه عند عقد الرهن، ليس له أن يبيع بالنسيئة؛ لأن التوكيل حَصَلَ مقيداً، فيلزمه مراعاة القيد متأخراً إذا كان التقييد مفيداً، وهذا النوع من التقييد مفيدٌ.

ولو نهاه متأخراً عن العقد لم يصح نهيه؛ لأن/ التقييد المتراخي إبطال من / حيث ٣/٢٠٦ب الظاهر؛ كالتخصيص المتراخي عن النص العام عند بعض مشايخنا، حتى جعلوه فسخاً لا بياناً، وإذا كان إبطالاً لا يملكه الراهن؛ كما لا يملك إبطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل، ثم إذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهناً؛ لأنه صار ملكاً للمشتري، وصار ثمنه هو الرهن؛ لأنه قام مقامه، سواء كان مقبوضاً أو غير مقبوضٍ، حتى لو توى عند المشتري، كان على المرتهن، ويهلك بالأقل من قدر[1] الثمن ومن الدين، ولا ينظر إلى قيمة المبيع، بل ينظر إلى الثمن بعد البيع؛ لأن الرهن انتقل إلى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهناً، فتعتبر قيمة الرهن، ثم إن باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه، وَإن باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين، وقضى الدين منه؛ لأنه مسلطٌ على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه، وقضاء الدين من جنسه يكون.

ولو باع العدل الرهن ثم استحق في يد المشتري، فللمشتري أنْ يرجع بالثمن على العدل؛ لأن العاقد هو وحقوق العقد في باب البيع ترجع إلى العاقد، والعدل بالخيار: إن شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان، وإن شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض.

أما ولاية استرداد الثمن من المرتهن؛ فلأن البيع قد بطل بالاستحقاق، وتبين أن قبض الثمن من المرتهن لم يصح، فله أن يسترد منه، وَإذا استرده عاد الدين على حاله.

---

(١) في أ: قيمة.

وأما الرجوعُ بما ضمن على الراهن [فلأنه وكيل الراهن][١] فله أن يرجع بالعهدة عليه، وَإذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه؛ لأنه صح قبضه، هذا إذا سلم الثمن إلى المرتهن، فإن كان هلك في يده قبل التسليم، ليس له أن يرجع إلا على الراهن؛ لأنه وكيل الراهن بالبيع عامل له، فكان عهدة عمله عليه في الأصل لا على غيره، إلا أن له أن يرجع على المرتهن إذا قبض الثمن لما ذكرنا، فإذا لم يقبض وجب العمل بالأصل، فيرجع على الراهن بما ضمن، وبطل الرهن بالاستحقاق، ويرجع المرتهن بدينه على الراهن، ولو لم يستحق الرهن ولكن المشتري وجد به عيباً، كان له أن يرده على العدل؛ لأن الرد بالعيب من حقوق البيع، وإنها ترجع إلى العاقد والعاقدُ هو العدلُ، فَيُرَدُّ عليه ويُسْتَرَد منه الثمن الذي أعطاه، والعدلُ بالخيار إن كان رده عليه بقضاء القاضي، إن شاء رجع على المرتهن إن كان سلم الثمن إليه، وَإن شاء رجع على الراهن، أما على المرتهن؛ فلأنه إذا رد عليه بعيب بقضاء القاضي فقد انفسخ البيع[٢]، فكان له أن يرجع بالثمن، وعاد دين المرتهن على الراهن، وعاد الرهن المردود رهناً بالدين.

وأما الرجوعُ على الراهن؛ فلأنه وكله بالبيع، فيرجع عليه بالعهدة، وإن كان العدل لم يعط المرتهن الثمن، فإن رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على أحد، وَإن كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن؛ لما ذكرنا في الاستحقاق، ويكون المردود رهناً كما كان، هذا إذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن، فأما إذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن، فإن العدل يرجع بما ضمن على الراهن، لا على المرتهن، سواء قبض المرتهن الثمن أو لم يقبضه؛ لأنه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في الأصل؛ لأنه عامل له، فكان عهدة عمله عليه، إلا أن التسليط إذا كان مشروطاً في العقد يثبت له حق الرجوع على المرتهن؛ لتعلق حقه بهذه الوكالة؛ على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

فإذا وقع البيع لحقه، جاز أن يرجع بالضمان عليه، وَإذا لم يكن مشروطاً فيه لم يثبت التعليق، فبقي حق الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم الأصل، للعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن؛ لأنها مرهونة تبعاً للأصل لثبوت حكم الرهن فيها، وهو حق الحبس تبعاً، فله أن يبيعها؛ كما له أن يبيع الأصل.

وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن؛ بأن قتل الرهن أو فقأ عينه، فدفع به للعدل أن يبيعه؛ لأن الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً، فصار كأن الأول قائم/ ، وللعدل أن يمتنع من ٣/٢٠٧أ

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: العقد.

البيع، وَإذا امتنع لا يجبر عليه إن كان التسليط على البيع بعد الرهن، وإن كان في الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه، ولو امتنع يجبر عليه؛ لأن التسليط إذا لم يكن مشروطاً في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن، فكان توكيلاً محضاً بالبيع، فأشبه التوكيل بالبيع في سائر المواضع، وَإذا كان مشروطاً فيه، كان حق المرتهن متعلقاً به، فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه.

وأما بيان مَنْ يصلح عدلاً في الرهن. وَمَنْ لا يصلح، فالمولى لا يصلح عدلاً في رهن عبده المأذون، حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يد مولاه، لم يجز الرهن، سواء كان على العبد دَيْنٌ أو لم يكن، والعبدُ يصلح عدلاً في رهن مولاه، حتى لو رهن إنسانٌ شيئاً على أن يضع في يد عبده المأذون، يصح الرهن، لأن قبض الرهن قبض استيفاء الدين، فيصير العدلُ وكيلاً في استيفاء الدين، والمولى لا يصلح، وكيل الأجنبي في استيفاء الدين من عبده؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره، واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجهٍ، لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين، والعبد يصلح وكيل الأجنبي في استيفاء الدين من مولاه؛ لذلك افترقا.

وَعَنْ أبي يوسف أن المولى يصلح عدلاً في رهن مكاتبه، والمكاتب يصلح عدلاً في رهن مولاه؛ لأن المكاتب حُرٌّ يداً، فكان كل واحد منهما أجنبيًّا عما في يد الآخر، والمكفول عنه لا يصلح عدلاً في رهن الكفيل، وكذا الكفيل لا يصلح عدلاً في رهن المكفول عنه؛ لأن كل واحد منهما لا يصلح وكيلاً في استيفاء الدين من صاحبه؛ لأنه يعمل لنفسه، أما المكفول عنه فبتفريغ ذمته عن الدين.

وأما الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين، وأحد شريكي المفاوضة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة؛ لأن يد كل واحد منهما يد صاحبه، فكان ما في يد كل واحد منهما كأنه في يد صاحبه، فلم يتحقق خروج الرهن من يد المرتهن[1]، وإنه شرط صحة الرهن.

وكذا أحد شريكي العنان في التجارة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة؛ لما قلنا، فإن كان من غير التجارة هو جائز في الشريكين جميعاً؛ لأن كل واحد منهما أجنبيٌّ عن صاحبه في غير دين التجارة، فلم تكن يده كيد صاحبه، فوجد خروج الرهن من يد الراهن، ورب المال لا يصلح عدلاً في رهن المضارب، ولا المضارب في رهن رب المال، حتى لو رهن المضارب شيئاً من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال، أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب، لا يجوز الرهن؛ لأن يد المضارب يد لرب

(١) في ط: الراهن.

المال، وعمل رب المال كعمل المضارب، فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن، فلم يجز الرهن، والأب لا يصلح عدلاً في رهنه بثمن ما اشترى للصغير؛ بأن اشترى الأب للصغير شيئاً ورهن بثمن ما اشترى له؛ على أن يضعه على يد نفسه، فالشراء جائز والرهن باطلٌ، لأنه لما شرط على أن يضعه في يد نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الراهن من يد الراهن، وأنه شرط فاسدٌ، فيفسد الرهن.

وهل يصلحُ الراهن عدلاً في الرهن؟

فإن كان الرهن لم يقبض من يده بعد، لا يصلح؛ حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده، فسد العقد؛ لأن قبض المرتهن شرط صحة العقد، ولا يتحقق القبض إلا بخروج الرهن من يد الراهن، فكان شرط كونه في يده شرطاً فاسداً، فيفسد الرهن.

وإن كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده، جاز بيعه؛ لأن العقد قد صَحَّ بالقبض، والبيعُ تصرفٌ مِن الراهن في ملكه، فكان الأصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن، فإذا رضي به فقد زال المانع، فينفذ.

وأما بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينعزل، فنقول: التسليط على البيع [لا يخلو][1] إما أن يكون في عقد الرهن، وإما أن يكون متأخراً عنه، فإن كان في العقد، فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن؛ لأن الوكالة إذا كانت في العقد/ كانت تابعة للعقد، فكانت لازمة بالعقد، فلا ينفرد الراهن بفسخها؛ كما لا ينفرد بفسخ العقد. ٣/٢٠٧ب

وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن؛ لما ذكرنا أن الوكالة الثابتة في العقد مِنْ توابع العقد، والعقد لا يبطل بالموت؛ فكذا ما هو من توابعه، وإن كان التسليط متأخراً عن العقد، فللراهن أن يعزله وينعزل بموت الراهن أيضاً؛ لأن التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ، فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة، وقد ذكرنا جملة ذلك في «كتاب الوكالة»، وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية.

و[روي][2] عن أبي يوسف أن التسليط الطارىء على العقد والمقارن له[3] سواء؛ لأنه يلتحق بالعقد، فيصير كالموجود عند العقد، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة، وَجَعْلُ المعدومِ حقيقةً موجوداً تقديراً لا يجوز إلا بدليلٍ، ولم يُوجد، وتبطل الوكالة بموت العدل، سواء كانت بعد العقد أو في العقد، ولا يقولم وارثه ولا وصيه

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: إياه.
(٣) سقط من ط.

مقامه؛ لأن الوكالة لا تورث؛ ولأن الراهن رضي به ولم يرض بغيره، فإذا مات بطلت الوكالة، لكن لا يبطل العقد، ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما؛ لأنه جاز الوضع في يد الأول في الابتداء بتراضيهما،* فكذا في يد الثاني في الانتهاء، فإنّ اختلفا في ذلك، نصب القاضي عدلاً ووضع الرهن على يده؛ قطعاً للمنازعة، وليس للعدل الثاني أن يبيع إلا أن يموت الراهن؛ لأن الراهن سلط الأول لا الثاني.

وعلى هذ تخرج نفقة الرهن[1] أنها على الراهن لا على المرتهن، والأصل أن ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن؛ لأن الملك له، وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن؛ لأن اليد له.

إذا عرف هذا فنقول: الرهنُ إذا كان رقيقاً فطعامه وشرابه وكسوته على الراهن، وكفنه عليه، وأجرة ظئر ولد الرهن عليه، وَإن كانت دابة، فالعلف وأجرة الراعي عليه، وإن كان بستاناً فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحهِ عليه، سواء كان في قيمة الرهن فضلٌ أو لم يكن؛ لأن هذه الأشياء من حقوق الملك، ومؤنات الملك على المالك، والملك للراهن، فكانت المؤنة عليه، والخراج على الراهن؛ لأنه مؤنة الملك.

وأما العشر ففي الخارج يأخذه الإمام ولا يبطل الرهن في الباقي؛ بخلاف ما إذا استحق بعض الرهن شائعاً أنه يبطل الرهن في الباقي.

ووجه الفرق أن الفساد في الاستحقاق لمكان الشيوع، ولم يوجد هٰهنا، لأن بالاستحقاق تبين أن الرهن في القدر المستحق لم يصح، والباقي شائع، والشياع يمنع صحة الرهن؛ بخلاف العشر، لأن وجوبه في الخارج لا يخرجه عن ملكه؛ بدليل أنه يجوز بيعهٗ يجوز له الأداء[2] من غيره، فكان الدفع إلى الإمام بمنزلة إخراج الشيء عن ملكه، فلا يتحقق فيه معنى الشيوع، فهو الفرق.

ولو كان في الرهن نماء، فأراد الرهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا، أنها عليه في نماء الرهنِ ليس له ذلك؛ لأن زوائد المرهون مرهونة عندنا تبعاً للأصل، فلا يملك الإنفاق منها، كما لا يملك الإنفاق من الأصل، والحفظ على المرتهن؛ حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجراً على حفظه فحفظ، لا يستحق شيئاً من الأجر؛ لأن حفظ الرهن عليه، فلا يستحق الأجر بإتيان ما هو واجب عليه؛ بخلاف المودع إذا شرط للمودع أجراً على حفظ الوديعة، أن له الأجر؛ لأن حفظ الوديعة ليس بواجب عليه، جاز شرط الأجر، وأجرة الحافظ عليه؛ لأنها مؤنة الحفظ، والحفظ عليه؛ وكذا أجرة المسكن والمأوى؛ لما قلنا.

(١) في ط: الراهن.
(٢) في أ: الإقرار.

وروي عن أبي يوسف أن كراء المأوى[1] على الراهن، وجعله بمنزلة النفقة وجعل الآبق على المرتهن بقدر الدين، والفضل على ذلك على الملك؛ حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء، أو قيمة الرهن أقل، فالجعل كله على المرتهن، وَإن كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن، وبقدر الزيادة على الراهن؛ لأن وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضموناً، وأنه مضمون بقدر الدين، والفضل أمانة، فانقسم الجعل عليهما على قدر الأمانة والضمان؛ بخلاف أجرة المسكن/ أنها على المرتهن خاصة، وإن كان في قيمة الرهن فضلٌ؛ لأن الأجرة إنما وجبت على المرتهن؛ لكونها مؤنة الحفظ، وكل المرهون محفوظ بحفظه، فكان كل المؤنة عليه. ٣/٢٠٨أ

فأما الجعل فإنما لزمه؛ لكون المردود مضموناً، والمضمون بعضه لا كله، فيتقدر بقدر الضمان، والفداء من الجناية، والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الآبق ينقسم على المضمون والأمانة.

وكذلك مداواة الجروح والقروح والأمراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والأمانة؛ كذا ذكر الكرخي.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أن المداواة على المرتهن من باب إحياء حقه وهو الدين، وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير إذنه، أو وجب على المرتهن، فأداه المرتهن بغير إذنه، فهو مقطوعٌ، لأنه قضى دين غيره بغير أمره، فإن فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه؛ لأن القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والإذن بالإنفاق على وجهٍ يَرْجِعُ على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالين، وكذا إذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه؛ لأنه صار وكيلاً عنه بالإنفاق.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ أن الراهن إن كان غائباً فأنفق المرتهن بأمر القاضي، يَرْجع عليه، وَإن كان حاضراً لم يرجع عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يَرْجِعُ في الحالين جميعاً؛ بناءً على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده، وعندهما يلي عليه، وهي مسألة الحجر على الحر، وستأتي في «كتاب الحجر».

وعلى هذا يخرج زوائد الرهن أنها مرهونة عندنا[2]، وجملة الكلام في زوائد الرهن أنها

---

(١) المأوى: المكان يُؤْوَىٰ إليه.

(٢) اتفق الفقهاء على أن النماء جميعه والغلات مملوكة للراهن وعلى أن الزيادة المتصلة كالسمن والتعلم داخلة في الرهن تبعاً.

واختلفوا في النماء المنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر على أقوال وإليك بيانها. =

....

= يرى الحنابلة والنخعي والشعبي أنه نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده كالأصل وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الأصل سواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر.
ومذهب الشافعية وأبي ثور وابن المنذر وابن حزم أن ما يحدث في يد المرتهن من عين الرهن من النماء المتميز كالشجر والثمر واللبن والصوف والشعر وكذا الكسب والأجرة لا يدخل في الرهن.
وتفصيل المالكية أن ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته داخل في الرهن كالولد مع الدابة وفي معناه فسيل النخل وإن ما لم يكن على خلقته لا يدخل فيه سواء أكان متولداً عنه كثير النخل أم غير متولد ككراء الدابة وتفصيل أبي حنيفة والثوري أن نماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف ملك للراهن ورهن مع الأصل وأما الكسب والغلة فليسا بداخلين في الرهن.
وجنح ابن أبي ليلى إلى أن الغلة للمرتهن قضاء من حقه.
أثبت الحنابلة مذهبهم بأن الرهن حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره.
وهو قياس مع الفارق إذ البيع ينقل الملك من البائع إلى المشتري فتكون المنافع والزيادة حادثة في ملكه بخلاف الرهن فإنه لا يفيد المرتهن إلا التوثق.
وبأن النماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل.
ولا شك أن المتصل جزء من المرهون والمنفصل ليس كذلك فلا يتم.
وبأن الرهن حق مستقر في الأم ثبت برضا المالك فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد وهو مردود بأن ثبوت الرهن في الأم برضا المالك لا يستلزم السريان إلى الولد.
وقياسه في الرهن عليه في التدبير والاستيلاد واهٍ إذ الشارع راغب في العتق وفك الرقاب من أسر الذل والاستعباد بخلاف الرهن فإن فيه مراعاة لمصلحة المرتهن وحبساً للطليق وضرراً على الراهن على ما ذهبتم إليه وكثيراً ما يكون ثمن المرهون أزيد من الدين في الفائدة التي يجنيها المرتهن من ذلك؟
وبأنه نماء حادث من عبد الرهن فسرى إليه حكم الرهن كالولد.
وبأنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء.
هذا من الدليلان الأخيران أولهما على مالك وثانيهما على أبي حنيفة وسترى عند الاستدلال لمذهبيهما منزلتهما.
احتج الشافعية ومن معهم بما رواه سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه» وجه الدلالة: أن النماء من الغنم فوجب أن يكون للراهن وتقدم الخبر يفيد اختصاصه، وإضافة المصدر إلى الضمير تدل على العموم فيصير المعنى للراهن كل غنمه دون غيره.
نوقش بأن النماء والكسب للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل فإنه للراهن والحق متعلق به والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تابع فثبت له حكم أصله وهذا هو معنى الحديث.
والظاهر أن الزيادة محض حق للراهن ملكاً واستيلاء وانتفاعاً ولا أول على ذلك من الإضافة المفيدة للاستغراق. =

....

= وبما رواه أبو هريرة وابن عمر رضي الله عنهم «الرهن مركوب ومحلوب».
قال الشافعي: يشبه قول أبي هريرة ـ والله أعلم ـ أن من رهن ذات در وظهر لم يمنع الراهن درها وظهرها لأنه له رقبتها وهي محلوبة ومركوبة له كما كانت قبل الرهن ولا يمنع الراهن برهنه إياها من الدر والظهر الذي ليس هو الرهن بالرهن الذي هو غير الدر والظهر.
ويمكن أن يوجه بأنه لم يرد أنه مركوب ومحلوب للمرتهن فدل على أنه أراد به مركوب ومحلوب للراهن.
اعترض بأنه يحتمل أنه مركوب ومحلوب للراهن بإذن المرتهن وللمرتهن بإذن الراهن.
وهو احتمال مرجوح إذ كونه مملوكاً للراهن يقوى ركوبه وحلبه يدل على هذا «وعلى الذي يركبه ويحلبه نفقته» لأن الإنفاق أثر من آثار الملك ولازم من لوازمه التي لا تفارقه.
وبأن الرهن وثيقة بالدين فلا يسري إلى الولد كالكفالة «مبسوط» وبأن النماء زائد على ما رضيه المرتهن رهناً فوجب أن يكون للراهن «بداية» وبأن الرهن ما تعقد عليه الصفقة لا ما لم تعقد عليه وكل ما ذكرنا ناشيء لم تعقد عليه الصفقة فكله غير الأصل وكله حادث في ملك صاحب الأصل فكله له.
وبأن هذه زيادة تملك بملك الأصل فلا يثبت فيها حكم «الرهن كالكسب والغلة».
وجه المالكية بأن الولد حكمه حكم أمه في الزكاة وليس كذلك الأصواف والألبان وثمر الأشجار لأنها ليست تبعاً للأمهات في الذكاة ولا هي في صورها ولا في معناها ولا تقوم معها فلها حكم نفسها لا حكم الأصل خلاف الولد والنتاج «قرطبي».
وهو قياس مع الفارق إذ الذكاة تحل الأكل وذلك تخفيف من الشارع فقد يموت الجنين في بطن أمه فلا تدركه حياً لتذكيه بخلاف الرهن فإن المقصود من التوثق وبأن الولد حكمه حكم أمه في البيع: أي هو تابع لها وفرقت السنة بين الثمر والولد وذلك أن الثمر لا يتبع مع الأصل إلا بالشرط والولد يتبع بغير شرط «بداية» وهو كسابقه إذ البيع ينقل الملك بخلاف الرهن.
يرهن الحنفية والثوري بما أثر عن معاذ رضي الله عنه فيمن ارتهن نخيلاً فأثمرت «أن الثمار رهن معها».
وهو معارض بما نقل عن معاذ نفسه من طريق طاوس أن في كتاب معاذ «من ارتهن أرضاً فهو يحتسب ثمرها لصاحب الرهن» «محلى لابن حزم» وبما أثر عن ابن عمر رضي الله عنهما في الجارية المرهونة إذا ولدت فولدها رهن معها «مبسوط».
ورد عليه أنه قول صحابي لا حجة فيه إذ هذا الحكم مما للرأي فيه مجال وهو وارد على أثر معاذ أيضاً واختلاف الرواية عنه يؤيد هذا فالظاهر أنهما قالا ذلك عن اجتهاد. وبأن حق المرتهن متأكد في العين فيسري إلى الولد كذلك الراهن وبيان ثبوت الحق في العين أن توصف العين به يقال مرهون محبوس بحق المرتهن كما يقال مملوك للراهن ولهذا يسري إلى بدل العين ودليل التأكد أن من هو عليه لا يملك إبطاله (وفقه الكلام) ما قررنا أن موجب عقد الرهن يد الاستيفاء، ويد الاستيفاء أنما تثبت في العين وهي معتبرة بحقيقة الاستيفاء وإذا كانت حقيقة الاستيفاء تظهر في موجبه من الزوائد التي تحدث بعده فكذلك يد الاستيفاء وهذا لأن المتولد من الأصل ثبت فيه ما كان في الأصل والأصل كان مملوكاً للراهن مشغولاً بحق المرتهن فيثبت ذلك الملك في الزيادة بخلاف الكسب والغلة إذ هما غير متولدين من الأصل وبخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية إلى الولد ولا يتبع أمه فيه لأن الحق غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء وبخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصي بخدمتها لأن =

على ضربين زيادة غير متولدة من الأصل، ولا في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة، وزيادة متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن والصوف، أو في حكم المتولد من الأصل كالأرش والعقر، ولا خلاف في أن الزيادة الأولى أنها ليست بمرهونة بنفسها، ولا هي بدل المرهون، ولا جزء منه، ولا بدل جزء منه، فلا يثبت فيها حكم الرهن.

واختلف في الزيادة الثانية، قال أصحابنا ـ رحمهم الله ـ أنها مرهونة.

= المستأجر حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة الحق يثبت في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب السبب إثبات اليد العادية بإزالة اليد المحقة وهو معدوم في الولد ولا يمكن إثباته فيه تبعاً لأنه فعل حسي والتبعية تجري في الأوصاف الشرعية وفي الجارية الموصي بخدمتها المستحق له الخدمة وهي منفعة والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعاً لها وبعده لا ينقلب موجباً أيضاً بعد أن انعقد غير موجب.

اعترض هذا الدليل بأنه مرتكز على أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء وقد رددناه على أنا لو سلمنا ثبوته لكان الفارق موجوداً بين الاستيفاء الحقيقي وبين ملك اليد فلا يلزم من إلحاق الولد بأصله في الحقيقي إلحاقه به في يد الاستيفاء إذ الأول فيه ملك العين واليد معاً أما الثاني فالثابت به ملك السيد لا غير وأيضاً فلا ينهض هذا المعقول في مقابلة الحديثين السالفين في استدلال الشافعية ومن معهم والإجابة بأن الزيادة مملوكة للراهن وذلك لا ينفي حقاً للمرتهن فإنه كما أضاف الزيادة إليه أضاف الأصل إليه بقوله ﷺ: «الرهن من راهنه» مردودة بأن معناه الرهن من ضمان راهنه يقال هذا الشيء من فلان أي من ضمان وحمل حديث الرهن مركوب ومحلوب» على أنه مركوب ومحلوب للراهن بإذن المرتهن بعيد والظاهر أن ركوبه وحلبه لراهنه الذي يملك رقبته ويتولى الإنفاق عليه.

مما سلف يتبين أن قياس الحنابلة على المالكية والحنفية غير صحيحين إذ أدلة المذهبين لم تنهض لإثبات الأصل المقيس عليه.

وجه ابن ليلى بأن عقد الإجارة لا يلاقي المحل الذي لاقاه عقد الرهن. فإنه بعقد الإجارة يثبت للمستأجر ملك المنفعة والثابت للمرتهن ملك اليد إلا أن رضا المرتهن في الإجارة شرط يتمكن به المالك من التسليم فإجارة المرتهن وإجارة الراهن برضا المرتهن سواء على معنى أن الأجر للراهن وأن عقد الرهن على حاله لأن موجب العقدين ما اجتمعا في محل واحد ثم المرتهن يأخذ الأجر قضاءً من لاحقه لأن ظفر بجنس حقه من مال المديون.

وللبحث فيه مجال: وهو أن الله تعالى شرع الرهن للتوثق واستيفاء الدين من المرهون عند التعذر من الراهن في الموعد المضروب وفي هذا سعة على الراهن ومصلحة للمرتهن وبما أن الراهن لا يلزم شيء قبل الوقت المعلوم فلا أدري بأي دليل تسلط المرتهن على استيفاء بعض حقه مقدماً قبل موعده وقد يكون هذا ضرراً على الراهن وموقعاً له في الحرج والعسر لانحصار مورده ولو مؤقتاً في الأجر الذي يتحصل من المرهون على أنه وله غنمه، ظاهر في أن للراهن ملكاً واستيلاء وانتفاعاً.

مما سلف يتبين أن الرأي الذي لا تشوبه شائبة وهن هو رأي من قال إن النماء مطلقاً لا يدخل في الرهن «والله أعلم بالصواب» ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى، وينظر مغني الحنابلة ٤/ ٤٣٤، ٤٣٥، والأم ٣/ ١٧٢، والمحلى ٨/ ٩٩، ١٠٠، والمبسوط ٢١/ ٧٥، والزيلعي ٦/ ٩٤.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: ليست بمرهونة، بناءً على أن الحكم الأصلي للرهن عنده هو كون المرتهن أحق[1] ببيع المرهون. وأحق بثمنه من بين سائر الغرماء، فقبل البيع لا حق له في الرهن حتى يسري إلى الولد، فأشبه ولد الجارية إذا جنت ثم ولدت؛ أن حكم الجناية لا يثبت في ولدها؛ لما أن حكم جناية الأم هو وجوب الدفع إلى المجنى عليه، وأنه ليس بمعنى ثابت في الأم، فلم يسر إلى الولد؛ كذا هذا، والدليل على أن الزيادة ليست مرهونة أنها ليست بمضمونة، ولو كانت مرهونةً لكانت مضمونة كالأصل، وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضاً، وهذا الحق ثابت في الأم، فيثبت في الولد تبعاً للأم، إلا أنها ليست بمضمونةٍ لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للأصل، فكانت مرهونة تبعاً لا أصلاً؛ كولد المبيع أنه مبيعٌ على أصل أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ، لكن تبعاً لا أصلاً، فلا يكون له حصة من الثمنِ إلاَّ إذا صار مقصوداً بالقبض، فكذا المرهون تبعاً لا يكون له حصة من الضمان، إلاَّ إذا صار مقصوداً بالفكاك.

وَإذا كانت الزيادة مرهونة عندنا، كانت محبوسة مع الأصل بكل الدين، وليس للراهن أن يفتك أحدهما إلا بقضاء الدين كله؛ لأن كل واحد منهما مرهونٌ، والمرهونُ محبوسٌ كله بكل جزء من أجزاء الدين؛ لما نذكره في موضعه، إن شاء الله تعالى.

وينقسم الدينُ على الأصل، والزيادة على تقدير بقائها إلى وقت الفكاك على قدر قيمتهما، لكن تعتبر قيمة الأصل يوم[2] العقد، وقيمة الزيادة يوم الفكاك، ونبين ذلك في موضعه.

وَعَلَىٰ هذا يخرج الزيادة على الرهن. أنها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا، كان للمرتهن أن يحبسهما جميعاً بالدين، ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين؛ لأن كُلَّ واحد منهما مرهونٌ، ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما، إلا أنه تعتبر قيمة الرهن الأصلي وقت العقد، وقيمة الزيادة وقت/ الزيادة، وأيهما هلك، يهلك بحصته من الدين؛ بخلاف زيادة الرهن، والفرقُ بين الزيادتين يأتي[3] في موضعه إن شاء الله تعالى. ٢٠٨/٣ب

وأما الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان: الأول أن الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به، وليس له أنْ يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده؛ لأنه مرهونٌ بهذا الدين، لا بدين آخر، فلا يملك حبسه بدين آخر؛ لأن ذلك دين لا رهن به.

والثاني: أن المرهون محبوسٌ بجميع الدين الذي رهن به، سواء كانت قيمة الرهن أكثر

(١) في ط: أخص.
(٢) في أ: وقت.
(٣) في أ: يذكر.

من الدين أو أقل، حتى لو قضى الراهن بعض الدين، كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي، قلَّ الباقي أو كثر؛ لأن الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ، فما بقي شيء من الدين بقي[١] محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن، فما بقي شيء من الثمن بقي محبوساً به؛ كذا هذا.

ولأن صفقة الرهن واحدة، فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين، يتضمن تفريق الصفقة من غير رضا المرتهن، وهذا لا يجوز، وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء، ليس للراهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين؛ لما قلنا، وسواء سمى لكل واحد منهما شيئاً من المال الذي رهن به أو لم يسم، في رواية الأصل.

وذكر في الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم؛ على أن كل شاة منها بعشرة دراهم، فأدى عشرة دراهم ـ كان له أن نقبض شاة.

ذكر الحاكم الشهيد أن ما ذكر في الأصل قول أبي يوسف، وما ذكر في الزيادة قولُ محمد.

وذكر الجصاص أن في المسألة روايتين عن محمد، وجه رواية الزيادات أنه لما سمى لكل واحد منهما ديناً متفرقاً أوجب ذلك تفريق الصفقة، فصار كأنه رهن[٢] كل واحدة منهما بعقد على حدة.

وجه رواية الأصل أن الصفقة واحدة حقيقة؛ لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة، إلا أنه تفرقت التسمية، وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة؛ كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن، وَإن سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة؛ كذا هذا.

وأما الحكم الثاني: هو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه، فنقول وبالله التوفيق:

إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر، فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء؛ لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون، فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن، ثم إن كان الدين حالاً والثمن من جنسه، فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاء بالدين، وَإن كان فيه فضلٌ ردَّه على الراهن، وَإن كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن، وَإن كان الدين مؤجلاً حبس الثمن إلى وقت حلول الأجل؛ لأنه بدل المرهون، فيكون مرهوناً، فإذا حل الأجل؛ فإن كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه، وَإن كان

---

(١) في أ: يكون.
(٢) في أ: جعل.

من خلاف جنسه يحبسه إلى أن يستوفي دينه كله، وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن، وعليه ديون، ولم يخلف مالاً آخر سوى الرهن، كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء؛ لما ذكرنا، فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن، ويقسم بين الغرماء بالحصص؛ لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن، وَإن نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن، وكان بينه وبين الغرماء بالحصص؛ لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به، فيستوي فيه الغرماء.

وكذلك لو كان على الراهن دينٌ آخر، كان المرتهن فيه أسوة الغرماء، وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن؛ لأن ذلك الدين لا رهن به، فيتضارب فيه الغرماء كلهم.

وَأما الحكم الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك، فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم، فنقول: وقتُ وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين، يقضي الدين أولاً ثم يسلم الرهن؛ لأن الرهن وثيقة، وفي تقديم تسليمه إبطال الوثيقة؛ ولأنه لو سلم الرهن/ أولاً ٣/٢٠٩أ فمن الجائز أنْ يموت الراهن قبل قضاء الدين، فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه، فلزم تقديم قضاء الدين، على تسليم الرهن؛ إلا أن المرتهن إذا طلب الدين يؤمر بإحضار الرهن أولاً، ويقال له: أحضر الرهن إذا كان قادراً على الإحضار من غير ضرر زائد، ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين؛ لأنه لو خوطب بقضائه من غير إحضار الرهن، ومن الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن، فيؤدي إلى الاستيفاء مرتين.

وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً إذا كان ديناً، ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في «كتاب البيوع»، إلا أن البائع إذا طالبه بتسليم الثمن، يقال له: احضر المبيع؛ لجواز أن المبيع قد هلك، وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن، أو كان في يده بدله بعد أن كان البدل من خلاف جنس الدين، نحو ما إذا كان المرتهن مسلطاً على بيع الرهن فباعه، بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ، وقضى بالدية من خلاف جنس الدين، فطالبه المرتهن بدينه، كان للراهن أن لا يدفع حتى يحضره المرتهن؛ لأن البدل قائمٌ مقام المبدل، فكان المبدل قائم، ولو كان قائماً، كان له أن يمنع ما لم يحضره المرتهن؛ فكذلك إذا قام البدل مقامه.

ولو كان الرهن على يدي عدلٍ، وجعلا للعدل أن يضعه عند من أحب، وقد وضعه عند رجل، فطلب المرتهن دينه، يجبر الراهن على قضاء الدين، ولا يكلف المرتهن بإحضار الرهن؛ لأن قضاءَ الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق؛ إلا أنه رَخُصَ له التأخير إلى غاية إحضار الدين عند القدرة على الإحضار، وهنا لا قدرة للمرتهن على إحضاره؛ لأن للعدل

أن يمنعه عنه، ولو أخذ من يده جبراً كان غاصباً، وإلى هذا المعنى أشار محمد في الكتاب، فقال: كيف يؤمر بإحضار شيء لو أخذه كان غاصباً؟! وإذا سقط التكليف بالإحضار زالتِ الرخصة، فيخاطب بقضاء الدين.

وكذلك إذا وضعا الرهن على يد عدلٍ، فغاب العدل بالرهن، ولا يدري أين هو؛ لا يكلف المرتهن بإحضار الرهن، ويجبر الراهن على قضاء الدين؛ لما ذكرنا.

ولو كان الرهن في يد المرتهن، فالتقيا في بلد آخر، فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه، فإن كان الدين مما له حمل ومؤنة، يجبر الراهن على قضاء الدين، ولا يجبر المرتهن على إحضار الرهن؛ لما ذكرنا أن قضاء الدين واجبٌ عليه على سبيل التضييق والتأخير إلى وقت الإحضار؛ للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الإحضار من غير ضرر زائد، والمرتهن هنا لا يقدر على الإحضار إلا بالمسافرة بالرهن، أو بنقله من مكانِ العقد، وفيه ضررٌ بالمرتهن، فسقط التكليف بالإحضار.

ولو ادعى الراهنُ هلاك الرهن، فقال المرتهن: لم يهلك، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه؛ لأن الرهن كان قائماً والأصلُ في الثابت بقاؤه، فالمرتهن يستصحب حالة القيام، والراهن يدعي زوال تلك الحالة؛ والقولُ قولُ مَنْ يدعي الأصل؛ لأنَّ الظاهر شاهدٌ له، ولأن الراهن بدعوى الهلاك يدعي على المرتهن استيفاء الدين وهو منكرٌ، فكان القولُ قوله مع يمينه، ويحلف على البتات؛ لأنه يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق؛ لأن المرتهن لا يصير مستوفياً بالهلاك؛ لأنه لا صنع له فيه، بل بالقبض السابق، وذلك فعله؛ بخلاف ما إذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن، فاختلف الراهن والمرتهن في هلاك الرهن؛ أن هناك يحلف المرتهن على العلم لا على البتات؛ لأن ذلك تحليف على فعل غيره، وهو قبض العدل، فتعذر التحليف على البتات، فيحلف على العالم؛ كما لو ادعى الراهن أنه أوفى الدين وكيل المرتهن، والمرتهن يُنْكِرُ ـ أنه يحلف على العلم؛ لما ذكرنا؛ كذا هذا.

وإن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة، فالقياسُ أنه يجبر على قضاء الدين، وفي الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن؛ لأنه ليس في إحضاره ضررٌ زائدٌ؛ وعلى هذا الأصل مسائل في الزيادات.

ولو اشترى شيئاً ولم يقبضه/ ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع في غير مصره الذي وقع البيع فيه، فطالبه بالثمن، وأبى المشتري حتى يحضر المبيع؛ لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع، سواء كان له حمل ومؤنة، أو لم يكن، فرق بين البيع والرهن. ٣/٢٠٩ب

ووجه الفرق أن البيع معاوضةٌ مطلقةٌ، والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبةٌ عادةً وشريعةً، ولا تتحقق المساواة من غير إحضار المبيع؛ بخلاف الرهن؛ لأنه ليس بمعاوضة مطلقة، وَإن كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به، وهو الدين في هذا الحكم.

فصل

فيما يتعلق بحال هلاك المرهون

وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون، فالمرهون إذا هلك لا يخلو إما أن يهلك بنفسه، وإما أن يهلك بالاستهلاك، فإن هلك بنفسه يهلك مضموناً بالدين عندنا، والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع:

أحدها: في بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا، والثاني: في بيان شرائط الضمان، والثالث: في بيان قدر الضمان وكيفيته.

أما الأول: فقد اختلف فيه؛ قال أصحابنا ـ رضي الله عنهم[1] ـ أن المرهون يهلك مضموناً بالدين.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ يهلك أمانة[2].

---

(١) في أ: رحمهم الله.

(٢) اتفق الفقهاء على أن المرتهن يضمن المرهون إذا تلف بجنايته، أو تفريطه في حفظه واختلفوا فيما إذا تلف من غير تعد أو تفريط منه هل هو مضمون عليه أو لا؟ على أقوال نبسطها.

ذهب الإمام علي ـ كرم الله وجهه ـ وعطاء والزهري والأوزاعي في رواية والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور وابن المنذر إلى أنه لا ضَمَان عليه، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدّين. وروي عن الإمام علي ـ كرم الله وجه ـ في رواية ثانية وابن عمر وعبيد الله بن الحسن وأبي عبيد وإسحاق بن راهويه أنهما يترادان الفضل.

توضيح ذلك أن المرهون إذا كانت قيمته وقيمة الدين سواء، فقد سقط الدين عن الراهن، ولا ضمان عليه في المرهون؛ وإن كانت أكثر سقط مقدار الدين من قيمة المرهون، وكلف المرتهن أن يؤدي إلى الراهن مقدار ما كانت قيمته تزيده على قيمة الدّين وإن كانت أقلّ سقط من الدّين مقدار المرهون وأردى الراهن إلى المرتهن فضل ما زاد على قيمة المرهون.

وروي عن الإمام علي في رواية ثالثة وعمر بن عمر في رواية ثانية وابن مسعود ـ رضي الله عنهم ـ وإبراهيم النخعي وقتادة وأبي حنيفة وأصحابه وسفيان أنه إن كانت قيمة المرهون أكثر من الدّين أو مثلها سقط الدين كله ولا غرامة على المرتهن في زيادة قيمة المرهون على مقدار الدين، وإن كانت قيمته أقلّ من الدين سقطت قيمته منه وأدى الراهن إلى المرتهن ما بقي من دينه. =

....

= واختار الحسن البصري وإبراهيم النخعي في رواية ثانية عنه وشريح والشعبي والزهري. وقتادة في رواية ثانية عنهما أنه مضمون بما فيه سواء أكانت قيمته مساوية للدّين أم أقلّ أم أكثر على معنى أنه إذا تلف سقط الدين، ولا يغرم أحدهما للآخر شيئاً ورأى الإمام مالك والأوزاعي في رواية ثانية عنه وعثمان البتي أن المرهون إن كان بيد المرتهن، وكان مما يخفى كالثياب ونحوها، فمضمون على المرتهن إلا أن تشهد بينته أنه تلف بغير سبب منه، وإن كان مما يظهر كالعقار والحيوان، فلا ضَمَان فيه على المرتهن ودينه باقٍ بكماله حتى يُؤدي إليه.

هذه خمسة مذاهب تفصيلاً تؤول إلى ثلاثة؛ لأن ثلاثة منها متفقة على الضمان وواحداً يرى أنه أمانة في يد المرتهن وواحداً يفصل.

احتج الأولون بما روي عن سعيد بن المسيّب أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ يَغْلِقُ الرَّهْنُ لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وعَلَيْهِ غُرْمُهُ» رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذؤيب ولفظه «الرَّهْنُ مَنْ رَاهَنَهُ الَّذِي رَهَنَهُ» وباقيه سواء ورواه الشافعي أيضاً موصولاً عن ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة.

وجه الدلالة: أنه لا يَغْلِق الرَّهْنَ، معناه لا يسقط الحق تبلغه يؤيد هذا رواية «الرَّهْنُ مَنْ رَاهَنَهُ» أي من ضمانه.

قال الشافعي هذا أبلغ كلام للعرب يقولون: هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه، وأكد هذا وعليه غرمه، عطبه ونقصه، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكه لا من المرتهن ألا ترى أن رجلاً لو ارتهن من رجل خاتماً بدرهم يساوي درهماً، فهلك الخاتم. فمن قال: يذهب درهم المرتهن بالخاتم كان قد زعم أن غرمه على المرتهن؛ لأن درهمه ذهب به وكان الراهن بريئاً من غرمه؛ لأنه قد أخذ ثمنه من المرتهن، ثم لم يغرم شيئاً، وهو خلاف ما روي عنه ﷺ.

اعترض الحنفية بأنه لا حجة فيه؛ لأن أحداً من أهل اللغة لم يفهم من هذا اللفظ نفي الضمان عن المرتهن ذكر الكرخي: أن أهل العلم من السلف ـ رحمهم الله ـ كطاوس وإبراهيم وغيرهما اتفقوا على أن المراد: لا يحبس حبساً كلياً لا يمكن فكاكه بأن يصير مملوكاً للمرتهن واستدلوا عليه بقول الشاعر: [البسيط]

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لاَ فَكَاكَ لَهُ ... يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

يعني: احتبس قلب المحب عند الحبيب على وجه لا يمكن فكاكه، وليس فيه ضمان، ولا هلاك، والدليل عليه ما روي عن الزهري قال: «كانوا في الجاهليّة يَرْتَهِنُونَ ويشترِطُون على الرّاهن إن لم يقض الدّين إلى وقت كذا، فالرهن مملوك للمرتهن، فأبطل رسول الله ﷺ ذلك بقوله: «لاَ يَغْلِق الرَّهْنُ»، وسئل سعيد بن المسيب عن معنى هذا اللفظ، فقيل: أهو قول الرجل إن لم يأت بالدين إلى وقت كذا، فالرهن بيع لي في الدين، فقال: نعم، وقوله ﷺ: «وَالرَّهْنُ مَنْ رَاهَنَهُ» يؤكد هذا المعنى أي: هو على ملك راهنه الذي رهنه لا يزول ملكه بهذا الشرط، وقوله ﷺ «لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» معناه: أنه مردود عليه في حال بقائه، لا يتملك غيره عليه أو أن يباع بالدّين، فيزيد الثمن على الدين، فالزيادة له وإن نقص فالنقصان عليه، وبه نقول والصاحب في رواية «لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» يحتمل أن يكون هو المُرْتَهِن مجازاً، كما يقال للمضارب: صاحب المال.

ويمكن الجواب بنظرة في الأقوال المتقدمة في هذا المبحث، وذلك أننا نرى علياً ـ رضي الله عنه ـ وكرم =

....

= الله وجهه ـ وعطاء والزهري والأوزاعي فهموا ما فهمه الشافعي وأحمد وداود وأبو ثور، وقالوا بقولهم فلم تصح دعوى أن أحداً من أهل اللغة لم يفهمه ولا حجة في البيت؛ لأن غلق الرهن له ثلاثة معان.

الأول: استحقاق المرتهن المرهون في مقابلة دينه إذا لم يوفه في الوقت المضروب.

الثاني: سقوط الحقّ بتلفه رواه عبد الرزاق عن معمر.

الثالث: انغلاقه حتى يتعذر على الرّاهن فَكُّهُ.

فالمعنى على الأول: لا يستحقه المرتهن بدينه، وإذا قضاه من غيره انفكّ.

وعلى الثاني: لا يسقط بتلفه شيء من الدّين.

وعلى الثالث: أنه لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكّه عن الرهن، بل له فكّه بأن يقضي الحق أي: لا يستغلق، فلا يفك ولا يطلق بعد ذلك من الرّهن من غلق الباب وانغلق واستغلق إذا عسر فتحه والغلق ضد الفك، قاله الأزهري.

فالمعنى الذي ذهب إليه أصحاب القول الأول عربي واضح، وهو أحد معان ثلاثة للفظ بقرينة عجز الحديث، وما في البيت أحدها بقرينة أيضاً، وليس في البيت دليل على اتحاد المعنى وانحصاره فيما ذكروا، والسبب المذكور لا يخصصه بالمعنى الذي قرروه إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، إذ وقع الفعل بعد النفي يجعله عامًا لأفراد مفاهيمه؛ لأنه في معنى النكرة، ولا مانع من استعمال المشترك في كل معانيه، ولا يقال: إن هذا لا يلزم الحنفية؛ لأن المختار عندهم أن المشترك في النفي يعم حقيقة لغة، وعليه فرع في وصايا الهداية، وفي المبسوط: حلف لا أكلم مولاك وله أعلون وأسفلون أيّهم كلم حَنَثَ ولا دلالة على تعيين المعنى الذي ذهبوا إليه فيما روي عن سعيد من تفسيره المذكور إذ هو عن اجتهاد ورواية «الرَّهْنُ مَنْ رَاهَنَهُ» ظاهرة في أنه من ضمان راهنه، كما يقال: هذا الشيء من فلان أي: ضمانه كما قال الشافعي وهو حجة في اللغة فحمله على أنه باقٍ على ملكه خلاف الظاهر لا سيما مع عجز الحديث على أننا لو سلمنا ما قالوا، فلا يضرنا، وعجزه هو الدليل، وحملهم «لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» على أنه مردود عليه حال بقائه أو أنه أن بيع الخ لا دليل عليه إذ الظاهر أن الرّاهن مختص بكل غنمه فيباح له استرداده؛ للانتفاع به قبل الوفاء وإعادته للمرتهن وقت الراحة، ومختص بكل غرمه إذ كل منهما مصدر مضاف لمعرفة، فيعم فقصر الأول على الرد عند التأدية واستحقاق الزيادة في الثمن، والثاني على نقص ثمنه عن الدين، أو الإنفاق دون الهلاك قصر بلا دليل، فيكون مردوداً والحقيقة أظهر، فلا يحمل الصاحب على المرتهن إلاّ بدليل، ولا دليل فينصرف للرّاهن إذ هو المتبادر فسلم الحديث للمستدلين.

وبأن المرهون وثيقة بدين ليس بعوض منه، فلم يسقط الدّين بهلاكه كالضامن، فلو أن رجلاً كان له على رجل ألف درهم، فكفل له بها جماعة عند وجوبها أو بعده كان الحق، على الذي عليه، وكان الحملاء ضامنين له كلهم، فإن لم يؤد الذي عليه الحقّ كان للدّائن أن يأخذ الحملاء، كما شرط عليهم، ولا يبرأ المدين حتى يستوفي آخر حقه. فلو مات الضامنون، أو غابوا لم يسقط حقّه ورجع على المدين، فكذلك الرّهن لا ينقص هلاكه، ولا نقصانه حقّ المرتهن.

هذا الدليل فيه قياس هلاك المرهون على موت الضامن، ولكنهم ذكروه في كتبهم مقيساً على هلاك الصّك وموت الشهود، وجعلوه قياساً مع الفارق، وإذاً فلا يتلاقى النقاش والدليل الصحيح فسلم أيضاً.

وبأن بعض المرهون أمانة، فكذلك كله كالوديعة.

وتكلموا فيه بأن منشأه استبعاد أن يكون القبض واحداً والمقبوض متجزئاً بعضه أمانة وبعضه مضمون مع =

....

= أنه لا بعد فيه، وله نظير من الشارع وهي مسألة الكيس في حقيقة الاستيفاء، كمن عليه عشرة دراهم مثلاً لواحد فأعطاه كيساً فيه خمسة عشر درهماً؛ للاستيفاء منها ورد ما بقي، فضاع الكيس بما فيه فإن قدر الدين وهو العشرة مضمون على القابض، وما بقي هو والكيس أمانة في يده مع أن القبض واحد، وقد تجزأ المقبوض إلى أمانة ومضمون.
ومنع أن قدر الدين مضمون في مسألة الكيس، بل هو أمانة إلى أن يستوفي الدين وما دام قد ضاع قبل استيفاء الدين، فلا ضمان والدين باق بحاله، فلا تجزؤ(٤) وبأن العلماء اتفقوا على أن المرهون مملوك للراهن وأنه إن أراد إخراجه من يد المرتهن لم يكن له ذلك بما شرط وأنه مأخوذ بنفقته ما كان حيًا. وهو مقَرُّهُ في يد المرتهن، ومأخوذ بكفنه: إن مات؛ لأنه ملكه وإذا كان المرهون في السنة وإجماع الأمة ملكاً للراهن دفعه للمرتهن باختياره، وليس له أخذه، بل يتحتم عليه إبقاؤه في يديه بالشرط.
فأي وجه؛ لضمان المرتهن والحاكم يحكم له بحبسه للحقّ الذي شرط له مالكه فيه وعلى مالكه نفقة؟! وإنما يضمن من تعدى، فأخذ ما ليس له أو منع شيئاً في يديه من مالكه بغير حقّ مثل أن يبتاع الرجل السّلعة من الرجل فيدفع إليه ثمنها، ويمنعه البائع السلعة، فهذا يشبه الغصب والمرتهن ليس في شيء من هذه المعاني لا هو مالك للمرهون فأوجب فيه بيعاً فمنع المشتري من ملكه إيّاه، وعليه تسليمه إليه وإنّما ملك المرهون للراهن، فلا هو متعد بأخذه منه، ولا بمنعه إيّاه فلا موضع للضمان عليه في شيء من حالاته، وإنما هو رجل اشترط لنفسه على الراهن في المرهون شرطاً حلالاً لازماً استوثق فيه من حقّه طلب المنفعة لنفسه والاحتياط على غريمه لا مخاطراً بالارتهان؛ لأنه لو كان المرهون إذا هلك هلك حقّه كان ارتهانه مخاطرة إن سلم فحقّه فيه وإن تلف تلف حقّه، ولو كان هكذا كان شرًا للمرتهن في بعض حالاته؛ لأن حقّه إذا كان في ذمة الراهن، وفي جميع ماله لازماً أبداً كان خيراً له من أن يكون في شيء من ماله بقدر حقّه فإن هلك ذلك الشيء بعينه هلك من ضمان المرتهن، وسقط دينه وبرئت ذمة الراهن.
ولم نر ذمة رجل تبرأ إلا بأن يؤدي إلى غريمه ماله عليه أو عوضاً يتراضيان عليه، فيملك الغريم العوض ويبرأ به مدينه، وينقطع مالكه عنه أو يتطوع صاحب الحقّ بأن يبرىء منه صاحبه، والمرتهن والراهن لَنا في واحد من معاني البراءة.
ورد عليه أن الاستيفاء من الماليّة دون العين، فتكون المالية هي المضمونة والعين أمانة والنفقة في الحياة والكفن في الموت للعين، وهي باقية على ملكه ولا مانع من أن تكون العين أمانة والمالية مضمونة.
وقوله: إن في الارتهان مخاطرة مردود بأن ثبوت يد الاستيفاء على المرهون يحقق معنى الصيانة، وكون الراهن عند هلاك الرهن تفرغ ذمته من الدّين بذلك أمر عارض لا يخرج به الرّهن عن أن يكون وثيقة؛ لحفظ حق المرتهن، إذ العبرة في العقود بالموضوعات الأصلية، لا لما قد يطرأ عليها، وله نظير من الشرع، وهو الحوالة، فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه، لصيانة حقّ الدّائن وإن كان من ضرورته فراغ ذِمّة المحيل، وبه لا ينعدم معنى الوثيقة، وكذا العارية، فإن المقصود منها منفعة المستعير، وإن كان من ضرورة حصول تلك المنفعة له أن تكون نفقة العين المستعارة عليه، فلا يخرج العقد بذلك عن أن يكون محض منفعة له إذ العبرة في العقود الشرعيّة بمعانيها التي شرعت لها.
والجواب أنه مبني على أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولم يتم وبأنه لو كان قبض المرهون قبض ضمان؛ لناب القبض فيه عن قبض الشراء إذا اشتراه المُرْتهِن، كالغاصب؛ لما كان قبضه قبض ضمان لم يحتج إلى قبض جديد إذا اشترى الغاصب المغصوب إذ ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء، =

....

= وليس الأمر كذلك عندكم إذ اشترى المرتهن المرهون، بل لا بد من تجديد قبض للبيع حتى تترتب عليه آثاره.

ورد أن المُرْتَهِنَ لا يصير قابضاً بنفس الشراء؛ لأن الشراء لاقى العين، وهي أمانة وقبض الأمانة دون قبض الشراء.

ويدفع بأن هذه التفرقة لا دليل عليها إلا أن الاستيفاء من الماليّة، وذلك فرع ثبوت يد الاستيفاء، وقد نَفَيْنَاهُ.

وبأنه لو كان قبضه قبض ضمانه على المرتهن؛ لضمنه بالهلاك في الرهن الفاسد إذ الفاسد في حكم الضمان معتبر بالصحيح، وأنتم لا تقولون بذلك إذ المُشاع عندكم إذا رهن وقبض على شيوعه لا يكون مضموناً على المرتهن.

أجابوا: بأن المقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون عندنا، فإن المسلم إذا ارتهن من ذمي خمراً أو عصيراً، فتخمر في يده كان مضموناً عليه إذا هلك، وهو رهن فاسد: بخلاف الباطل كالرهن بأجرة النائحة والمغنية إذ لا عقد هناك فاسد ولا جائز؛ لانعدام الدين أصلاً.

ومنه المشاع الذي ذكرتموه على رأي وأما على الرأي الثاني عندنا؛ وهو أن رهنه فاسد إذ هو مال متقوم، ولكن منع من الصحة، فقد شرط من شروطها، فيكون مضموناً.

وهو جواب على الاصطلاح الذي يفرق بين الباطل والفاسد، ولا يعترف به المستدل.

وأما الجواب على الرأي الثاني فهو صحيح، فلا يلزم هذا الدليل الحنفية وبأنه لو كان قبضه قبض ضمان؛ لما رجع المرتهن على الراهن عند الاستحقاق والحكم عندكم إذا استحق المرهون، وهو تحت سيطرة المرتهن وضمن قيمته بعد الهلاك رجع المرتهن على الراهن بالضّمان والدّين.

أجابوا: بأنه إنّما يرجع بالضمان عند الاستحقاق؛ للغرر، فالراهن هو المنتفع بقبض المرهون من حَيْثُ إنه يصير موفياً ذمّته عند الهلاك في يد المُرْتَهِنِ، فيصير المرتهن مغروراً من جهته من هذا الوجه.

وهو مبني على أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يخفى رده وبأنه لو كان قبضه قبض استيفاء؛ لحقه وكان المرهون جارية ملكها وحل له وطؤها، ولم يكن له ردّها على الراهن اختياراً أو إلزاماً، ولو أعطاه حقّه إلا أن يتراضيا بأنه يتبايعا فيها بيعاً جديداً، ولم يكن مع هذا أن يكون حقّ المرتهن إلى سنة مثلاً، بل يأخذه اليوم بلا رضا من الراهن، وهذه اللوازم باطلة.

وبأن رسول الله ﷺ لما لم يخصّ رهناً دون رهن علمنا أن ما ظهر هلاكه وخفي سواء، إذ اسم الرهن شامل لهما وظاهر فيهما، فيبقى هكذا حتى يدل دليل على أنه خاصٌ ليس بعامٌ وباطن ليس بظاهر، ولم يعلم دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس صحيح خالٍ من الطّعن يوجب المصير إلى التفصيل، ولو جاز بغير دليل جاز لقائل أن يعكس هذه الدعوى قائلاً: الرّهن الذي يذهب به إذا هلك حقّ المرتهن الظاهر الهلاك؛ لأن ما ظهر هلاكه، فليس في موضع أمانة، فهو كالرضا منهما، بأنه بما فيه أو مضمونه بقيمته وأما ما خفي هلاكه: فرضاً صاحبه بدفعه إلى المرتهن، وهو يعلم أن هلاكه خاف رضاً منه بأمانته فيه، فيكون أميناً، فإن هلك لم يهلك من مال المرتهن شيء، فليس الأول بأولى من هذا، فلا يصحّ في هذا قول أبداً على هذا الوجه، إذا جاز أن يكون خاصًا بلا دلالة.

وإذاً تبين أن الأدلة نهضت على أن المرهون أمانة في يد المُرْتَهِنِ.

=

....

= استند الحنفية إلى ما روي عن عطاء: أن رجلاً رهن فرساً عند رجلٍ بحقٍ فنفق الفرس عند المرتهن، فاختصم عند رسول الله ﷺ فقال للمرتهن: «ذَهَبَ حَقُّكَ».

وجه الدلالة: أنه لا يجوز أن يقال: ذهب حقُّكَ في الحبس إذ هذا مما لا يشكل ولا أن يكون المراد من الحقّ المطالبة برهن آخر؛ لأن ذلك لم يكن حقًا ثابتاً للمرتهن على الراهن يجب تنفيذه، فلم يبق إلا أن المراد ذهب حقُّك من الدين؛ ولأنه ذكر الحق منكراً في أول الحديث، ثم أعيد معرفاً، فيكون المراد بالمعرف ما هو المراد بالمنكر.

قال تعالى: ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَى فِرْعَوْنَ رَسُولاً فَعَصَى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ﴾. اعترض هذا الدليل بما في سنده من الطّعون، وبما في دلالته.

أخرجه أبو داود في «مراسيله» عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت قال: سَمِعْتُ عطاء يحدث «أن رَجُلاً رَهَنَ فَرَساً فَنَفَقَ فِي يَدِهِ، فقال رسول الله ﷺ: «ذَهَبَ حَقُّكَ»» انتهى. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في أثناء البيوع (حدثنا عبد الله بن المبارك) قال عبد الحق في «أحكامه»؛ هو مرسل وضعيف، قال ابن القطّان في كتابه: ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط، وإن كان صدوقاً انتهى.

قال الدارقطني يرويه إسماعيل بن أمية وكان كذاباً.

من هذا نرى: أنه نازل إلى درجة من الضّعف تجعله غير منظور إليه في باب الاستدلال على أن قول عطاء يخالفه مع أنه مروي عنه، وهذا يرجح لدى العقل أنه غير ثابت عنه أو غير صالح في نظره ومع هذا يُحْتَملُ أنه ﷺ أراد (ذَهَبَ حَقُّكَ مِنَ الْوَثِيقَةِ) بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين، وقيمة الفرس، فلم يتعين ما عيّنوه، بل هذا الاحتمال هو الراجح، فلم ينهض.

وإلى ما روي عن النبي ﷺ: «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ ذَهَبَتِ الرِّهَانُ مَا فِيهَا»، وفي رواية: «إِذَا عَمِيَ الرَّهْنُ فَهُوَ بِمَا فِيهِ».

إذ الذهاب هو الهلاك، فيكون المعنى هلاك الرّهان يكون بما رهنت فيها من الدّيون وعلى الرواية الثانية إذا اشتبهت قيمة الرّهن بعد هلاكه، بأن قال: كل من الرّاهن والمرتهن لا أدري كم كانت قيمته؟ فإن هَلاكه يكون بما رهن فيه من الدين.

وتعقب هذا الدليل بما في سنده ثم دلالته.

قال عليه الصلاة والسلام: «إِذَا عَمِيَ الرَّهْنُ فَهُوَ بِمَا فِيهِ» قلت: روي مسنداً ومرسلاً فالمسند رواه الدارقطني في سننه في البيوع (حدثنا محمد بن مخلد. ثنا أحمد بن غالب. ثنا عبد الكريم بن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن أنس عن النبي ﷺ قال: «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ» انتهى. قال الدارقطني: هذا لا يثبت عن حميد ومن بينه وبين مشايخنا كلهم ضعفاء، ثم أخرجه عن إسماعيل بن أمية. ثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس مرفوعاً نحوه قال: وهذا باطل عن حماد، وقتادة وإسماعيل، هذا يضع الحديث، قال ابن الجوزي في «التحقيق»: الأول فيه أحمد بن محمد بن غالب، وهو غلام خليل كان كذاباً يضع الحديث، وعبد الكريم بن روح ضعفه الدارقطني، وقال أبو حاتم الرّازي مجهول وهشام بن زياد. قال يحيى: ليس بشيء، وقال النّسائي: متروك الحديث، وقال ابن حبان: ينفرد عن الثقات بالمعضلات. وفي الثاني إسماعيل بن أمية، قال الدارقطني: يضع الحديث وفي التّعليق على «نصب الراية» روي هذا الحديث من ثلاثة طرق عند الدارقطني الأول والثاني، كما في التخريج: =

....

= والثالث. ثنا عبد الباقي بن قانع. نا عبد الوارث بن إبراهيم، نا إسماعيل بن أبي أمية. نا سعيد بن راشد. نا حميد الطويل عن أنس فقول ابن الجوزي. وفي الثّاني: سعيد بن راشد على ما قال: بل هو في الحديث الثالث».

وسعيد بن راشد، قال يحيى بن معين: ليس بشيء، وقال النسائي: متروك الحديث.

وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به. انتهى.

عبارة التّعليق معترضة بين كلام ابن الجوزي.

وأما المرسل فرواه أبو داود في مراسيله عن علي بن سهل الرملي، ثنا الوليد ثنا الأوزاعي عن عطاء، عن النبي ﷺ قال: «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ» انتهى.

قال ابن القطان: مرسل صحيح انتهى.

وأخرجه أيضاً عن طاوس مرفوعاً نحوه سواء، وأخرج أيضاً عن أبي الزناد قال: إن أناساً يوهمون في قوله عليه الصلاة والسلام «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ»، وإنّمَا قال ذلك فيما أخبرنا الثقة من الفقهاء إذا هلك وعميت قيمته.

يقال حينئذٍ للذي رهنه: زعمت أن قيمته مائة دينار أسلمته بعشرين ديناراً ورضيت بالرهن.

ويقال للآخر زعمت أن ثمنه عشرة دنانير فقد رضيت به عوضاً عن عشرين ديناراً، وأخرج الطحاوي في شرح «الآثار» في باب «الرهن» يهلك في يد المرتهن بسند صحيح عن أبي الزناد.

قال: أدركت من فقهائنا الذين ينتهي إلى قولهم منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله في مشيخة من نظرائهم أهل فقه، وصلاح، وفضل، فذكر ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصفة أنهم قالوا: «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ إِذَا كَانَ هَلَكَ وَعَمِيَتْ قِيمَتُهُ»، ويرفع ذلك منهم الثقة إلى رسول الله ﷺ - قالوا: «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ»، وهو حديث واحد روي بعدة روايات.

هذه خلاصة ما قاله العلماء في سند هذا الحديث. تبين أن المسند مطعون في رواية بالكذب والضعف والوضع وأن المرسل وإن كان رجاله ثقات إلا أنه ليس في قوة حديث «لاَ يَغْلِقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ مَنْ رَاهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»؛ لأنه وصل من طرق تكاد تكون صحيحة؛ فلا يعارضه فتسقط دلالته.

على أنه لو كان في قوته؛ لاحتمل أن المرهون محبوس بما فيه أو مضمون بما فيه عند تعدي المرتهن أو تفريطه جمعاً بينه وبين حديث «لاَ يَغْلِقُ»، فلا ينهض على ما قالوا.

وإلى الإجماع: روي عن علي - رضي الله عنه، وكرم الله وجهه أنه قال: «يترادان الْفَضْل في الرّهْن»، وفيه دليل على أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، وتقدم توضيحه بالمثال، وروي عن عمر وابن مسعود - رضي الله عنهما - أنهما قالا: «إِنَّهُ مَضْمُونٌ بالأقل من قيمته، ومن الدّين.

فإذا كانت القيمة أكثر، فالمرتهن في الفضل أمينٌ، وهكذا روى محمد بن الحنفية عن علي - رضي الله عنه، وكرم الله وجهه: «أنّ المُرْتَهِنَ في الْفَضْلِ أمينٌ» وروي عن الحسن البصري وشريح ومن معهما «أنّهُ مَضْمُونٌ بِمَا فِيهِ قَلّتْ قيمة أو كثرت؛ فإنه ورد عن شريح «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ وَإِن كَانَ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ بِمائَةِ دِرْهَمٍ».

هذا بيان الاختلاف الذي كان بين المتقدمين في الرّهن، وهذه الأقوال الثلاثة متفقة في أصل الضمان ومجمعة عليه إلى أن أحدث الشافعي قولاً رابعاً: أنه أمانة، ولا يسقط شي من الدّين بهلاكه، وهو مخالف للإجماع فيرد.

=

....

= نظرة منصفة ترينا مكانة هذا الإجماع.
إذا بحثنا علمنا أنه لم يجيء فيه كلمة إلا عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم - من الصحابة.
فأما عمر: فلم يصح عنه ذلك؛ لأنه من رواية عبيد بن عمير وعبيد لم يولد إلا بعد موت عمر أو أدركه صغيراً لم يسمع منه شيئاً قال البيهقي: ليس بمشهور عن عمر وأما ابن عمر: فلم يصح عنه؛ لأنه من رواية إبراهيم بن عمير عنه، وهو مجهول وقد روي عنه: **«يَتَرادَّانِ الْفَضْلَ»، وهو خلاف قول الحنفية.**
وأما علي: فمختلف عنه في ذلك وأصح الروايات عنه إسقاط التّضمين فيما أصابته جائحة، قال ابن حزم: روينا من طريق الحجّاج بْنِ مِنْهال. نا هَمّام بن يحيى أنا قتادة عن خلاس أن علي بن أبي طالب قال في «الرهن»: «يترادان الْفَضْلِ فَإِنْ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ بَرِىءَ»، فصح أنه لم يتراد الفضل إلاّ فيما تلف بجناية المُرْتَهِنِ لا فيما أصابته جائحة، بل رأى البراءة له فيما أصابته جائحة.
وأما عن ابن مسعود فهو غريب.
وصح عن عطاء أنه قال: الرَّهْنُ وثيقة إن هلك، فليس عليه غرم بأخذ الدين الَّذي له كله.
وصح عن الزهري أنه قال في الرهن يهلك أنه لم يذهب حق هذا إنما هلك من رب الرّهن له غنمه وعليه غرمه.
فأين إجماع المتقدمين؟ ومن هنا يتبين أن دعوى أحداث الشافعي أن المرهون أمانة في يد المرتهن لا ظل لها من الحقيقة.
الثابت لِلْمُرْتَهِنِ يد الاستيفاء، والحبس الدائم؛ لأن لفظه ينبىء عنه والأحكام الشّرعية تثبت على وفق معانيها اللغوية؛ ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء، وهو أن يكون موصلاً إليه ويثبت ذلك بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن المرهون؛ وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيسارع إلى قضاء الدين؛ ولضجره فإذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه، وقد تقرر بالهلاك، فلو استوفى الدين بعده أدّى إلى الرّبا إذ يكون استيفاء ثانياً، ولا يلزم ذلك حالَ قيام الرهن؛ لأن استيفاء الأول ينتقض بالرَّدِّ على الراهن، فلا يتكرر، ولا يقال: إنما صار مستوفياً بملك اليد لا بملك الرقبة، وقد بقي حقّه من ملك الرّقبة فكان له أن يستوفي؛ ليأخذ حقّه كاملاً، أو صار مستوفياً بالمالية دون العين، فيكون له الاستيفاء ثانياً؛ ليأخذ حقَّه كاملاً في العين، لأنا نقول: لا وجه إلى استيفاء الباقي، وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد، أو ملك العين بدون ملك المالية إذ لا يتصور ذلك، فيسقط؛ للضرورة، كما إذا استوفى زيوفاً مكان الجياد.
فإن حقّه في الجودة يبطل؛ لعدم تصور استيفاء الجودة وحدها بدون العين، فإذا لم يملك العين بقي ملك الراهن فيها، فتكون أمانة في يد المرتهن؛ ولهذا كانت نفقة المرهون حيًّا، وكفنه ميتاً على الراهن؛ لأنهما مؤونة ملكه.
ورد عليه أن ثبوت يد الاستيفاء والحبس الدائم لَيْسَا بموجبي عقد الرهن، ولو سلم ذلك لزم محظور آخر خلاف محظور الرّبا، وهو أنه إذا لم يستوفه ثانياً أصلاً أدى إليه ضياع بعض حقِّهِ، وهو: استيفاء الرّقبة والتأدي إليه ضياع حقّ المسلم محظور شرعاً أيضاً، فما الوجه في ترجيح اختيار هذا المحظور على اختيار المحظور الآخر، أي: محظور الرّبا لا شَكَّ أنه ترجيح بلا مرجح وهو باطل.
وإلى أن المرهون قبض؛ للاستيفاء فيضمنه من قبضه لذلك، وكذا نائبه كحقيقة الاستيفاء. =

....

= تعقب بأن المستوفى صار ملكاً للمستوفي، وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضَمَانُهُ وغرمه بخلاف الرهن.
وإلى أنه محبوس بدين، فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس: لاستيفاء ثمنه.
واعترض بمنع أن المبيع قبل القبض مضمون.
استدل الإمام مالك ومن معه بالاستحسان، ومعناه أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه، وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه الإمام مالك فيضعفه قوم، وقالوا: إنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك: أنه جمع بين الأدلة المتعارضة، وإذا كان كذلك، فليس هو قولاً بغير دليل.
فكأنه جمع بين الأدِلَّة المثبتة للضمان وبين الأدلة المثبتة؛ لأمانة المُرْتَهِنِ بأن هذه فيما يخفى وذه فيما يظهر.
ونوقش بأن أدلة الضّمان لم تصحّ، فلا حاجة إلى الجمع، وعلى فرض صحتها فالجمع بأن أدلة الضّمان محمولة على حالة التعدي والتفريط أولى.
قال الشافعي بعد أن ذكر صوراً بين فيها تناقض القائلين بالضمان، وبأن الزيادة أمانة: أخبرني من أثق به عن بعض من نسب إلى العلم منهم أنه يقول:
لو رهن الجارية بألف، ثم أدى الألف إلى المرتهن، وقبضها منه ثم دعاه بالجارية، فهلكت قبل أن يدفعها إليه هلكت من مال الرّاهن، وكانت الألف مسلمة للمرتهن؛ لأنها حقّه، فإن كان هذا فقد صاروا إلى قولنا: وتركوا جميع قولهم.
ورد على القائلين بأن الرّهن بما فيه حين قال قائل منهم: ألا ترى أنه لما دفع الرّهن يعني: بشيء بعينه، ففي هذا دلالة على أنه قد رضي الرّاهن والمرتهن بأن يكون الحقّ في الرهن.
قال الشافعي: ليس في ذلك دلالة على ما قلت قال: وكيف؟ قال الشافعي إنما الرّضا بأن يتبايعاه، فيكون ملكاً لِلْمُرْتَهِنِ، فيكون حينئذٍ رضا منهما به، ولا يعود إلى ملك الرّاهن إلا بتجديد بيع منه، وهذا في قولنا وقولكم: ملك للراهن فأي رضا منهما، وهو ملك للراهن، بأن يخرج من ملك الراهن إلى ملك المرتهن؟ فإن قلت: إنما يكون الرضا إذا هلك، فإنما ينبغي أن يكون الرضا عند العقدة والدفع، فالعقدة والدفع كانا والمرهون ملك للراهن، ولا يتحوّل حكمه عما دفع به؛ لأن الحكم عندنا وعندك في كل أمر فيه عقدة، إنما هو على العقدة.
ولعلي أكون بعد ما قدمت منصفاً إذا رجحت رأي القائلين أنه أمانة عند المُرْتَهِنِ، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين. والله أعلم بالصواب.
الوضعيون يرون أنه أمانة إذا لم يعتد الدائن المرتهن أو يقصر في حفظه إلا إذا شرط المرتهن أنه ضمان له إذا تلف بسبب قهري، أو تأخر عن رد الشيء بعد إنذاره.(1)
وعندي أنه إذا تأخر عن تسليمه بعد المطالبة أو الإنذار يكون معتديًا فيضمن.
أما ضمان المرتهن له بالشرط إذا هلك بسبب قهري، فليس بمشروع في نظري إذ المرتهن أمين، كما أوضحنا ذلك بالأدلة، فلا محل للضمان مطلقاً، وبما أن شرط المرتهن ضمان المرهون مخالف للأدلة التي ذكرناها فهو باطل. ينظر الرهن لشيخنا حسن مصطفى.
وينظر: مغني الحنابلة ٤/٤٤٢، والمحلى ٥/٩٦، وفتح العزيز ١٠/١٣٨، وبداية المجتهد ٢/٢٣٩، والمبسوط ٢١/٦٤، والأم ٣/١٤٧، والنظم المستعذب ١/٣٠٩، والخرشي ٥/٢٥٦، ومنتقى الباجي ٥/٢٤٤، والزيلعي ٦/٦٥، ونيل الأوطار ٥/٢٠٠، ومغني المحتاج شرح المنهاج ٢/١٣١. =

احتجَّ بما روي عن رسولِ الله ـ ﷺ ـ أنه قال: «لاَ يُغلقُ الرَّهْنُ، لا يُغلقُ الرَّهْنُ لا يغلقُ الرَّهْنُ، هُوَ لِصَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ؛ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»، فقد جعل النبيُّ ـ عليه الصلاة والسلام ـ غرمَ الرهن على الراهن، وَإنما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة؛ لأن عليه قضاء دين المرتهن، فأما إذا هلك مضموناً، كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن، وهذا خلاف النص؛ ولأن عقد الرهن شرع وثيقة بالدين، ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينًا لا توثيقًا؛ لأنه يَقَعُ تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن، فكان توهيناً للحق لا توثيقاً له.

ولنا: ما روي عن النبيِّ عليه الصلاة والسلام ـ أَنَّهُ قال: الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ[1] وفي رواية:

---

(١) روي مسنداً ومرسلاً.

فالمسند أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٢) كتاب البيوع، حديث (١٢٣) قال: حدثنا محمد بن مخلد، نا أحمد بن محمد بن غالب، قال: نا عبد الكريم بن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن أنس عن النبي ـ ﷺ فذكره.

قال الدارقطني: لا يثبت هذا عن حميد، وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء.

قال العظيم آبادي: قال ابن الجوزي في التحقيق: الأول: أحمد بن محمد بن غالب وهو غلام خليل كان كذاباً يضع الحديث.

وعبد الكريم بن روح: ضعفه الدارقطني، وقال أبو حاتم الرازي: مجهول.

وهشام بن زياد: قال يحيى: ليس بشيء، وقال النسائي: متروك الحديث، وقال ابن حبان ينفرد عن الثقات بالمعضلات.

والحديث أخرجه الدارقطني أيضاً (٣/ ٣٢) (١٢٤)، قال: ثنا عبد الباقي بن قانع نا عبد الرزاق بن إبراهيم نا إسماعيل بن أبي أمية نا سعيد بن راشد نا حميد الطويل عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ... فذكره.

قال: وحدثنا إسماعيل بن أبي أمية، نا حماد بن سلمة، عن قتادة عن أنس... فذكره.

قال الدارقطني إسماعيل هذا يضع الحديث، وهذا باطل عن قتادة وعن حماد بن سلمة. والله أعلم.

قال العظيم أبادي في «التعليق المغني» وسعيد بن راشد، قال يحيى بن معين: ليس بشيء، وقال النسائي: متروك الحديث، وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به.

وأخرجه الدارقطني أيضاً (٣/ ٣٤) (١٣٧) في البيوع، قال نا محمد بن مخلد نا أحمد بن عبد الله بن زياد الحداد، نا أبو الصلت إسماعيل بن أبي أمية الزارع نا حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس... فذكره.

قال الدارقطني: وهذا لا يصح.

وأما المرسل: أخرجه أبو داود في مراسيله (١٩٠).

عن علي بن سهل الرملي ثنا الوليد ثنا الأوزاعي عن عطاء عن النبي ـ ﷺ قال: «الرهن بما فيه».

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٢٢): قال ابن القطان: مرسل صحيح، انتهى. وأخرجه أيضاً عن طاوس مرفوعاً، نحوه سواء، وأخرج أيضاً عن أبي الزناد، قال: إنا ناساً يوهمون في قوله عليه السلام: «الرهن بما فيه»، وإنما قال ذلك فيما أخبرنا الثقة من الفقهاء، إذا هلك وعميت قيمته، يقال حينئذٍ للذي رهنه: زعمت أن قيمته مائة دينار، أسلمته بعشرين ديناراً، ورضيت بالرهن، ويقال للآخر: زعمت أن =

[ذهب][1] «الرِّهَانُ بِمَا فِيهَا»، وهذا نصٌّ في الباب ولا يحتمل التأويل.

وَرُوِيَ أَنَّ رجلاً رَهَنَ بِدَيْنٍ عِنْدَ رَجُلٍ فَرَسًا بِحَقٍّ لَهُ عَلَيْهِ، فَنفقَ الفَرَسُ عِنْدَهُ، فَطَالَبَهُ المُرْتَهِنُ بَحقِّهِ، فَٱخْتَصَمَا إِلىٰ رَسُولِ الله ﷺ فَقَال عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «ذَهَبَ حَقُّكَ»[2] ولأن المرتهن جعل مستوفيًا للدين عند هلاك الرهن، فلا يملك الاستيفاء ثانياً؛ كما إذا استوفى بالفكاك، وتقرير معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسائل الخلاف.

وأما الحديثُ فيحتمل أن يكون معنى قولِهِ عليه الصلاة والسلام ـ: «لا يغلقُ الرَّهْنُ»، أي: لا يهلك، إذ الغلق يستعمل في الهلاك؛ كذا قال بعض أهل اللغة؛ وعلى هذا كان الحديث حجة عليه؛ لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً معنى.

وقيل: معناه، أي: لا يستحقه المرتهن، ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين، وهذا كان حكماً جاهلياً، فجاء الإسلام فأبطله.

وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ «عليْهِ غُرْمُهُ»، أي: نفقته وكنفه، ونحن به نقولُ [وقوله:][3] إنه وثيقة، قلنا: معنى التوثيق في الرهن هو التوصلُ إليه في أقرب الأوقات؛ لأنه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله، وبعد الرهن حدثتْ له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين، وهو الرهن بواسطة البيع، فازداد طريق الوصول إلى حقه، فحصل معنى التوثيق.

= ثمنه عشرة دنانير، فقد رضيت به عوضاً من عشرين ديناراً. وأخرج الطحاوي بسند صحيح عن أبي الزناد، قال: أدركت من فقهائنا الذين ينتهي إلى قولهم: منهم سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد، وعبيد الله في مشيخة من نظرائهم، أهل فقه، وصلاح، وفضل، فذكر ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصفة، أنهم قالوا: الرهن بما فيه، إذا كان هلك، وعميت قيمته، ويرفع ذلك منهم الثقة إلى رسول الله ﷺ، قالوا: الرهن بما فيه، انتهى.
وروي مرسلاً أيضاً عن طاوس في مراسيل أبي داود برقم (١٨٩) وعن أبي الزناد (١٩١).

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٧/١٨٣) رقم (٢٨٢٧) وأبو داود في المراسيل (ص ـ ١٧٢) رقم (١٨٨) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/١٠٢) كتاب الرهن: باب الرهن يهلك في يد المرتهن، والبيهقي، (٦/٤١) كتاب الرهن: باب الرهن مضمون، من طريق عبد الله بن المبارك عن مصعب بن ثابت قال: سمعت عطاء بن أبي رباح يحدث أن رجلاً ارتهنَ فرساً من رجل فنفق في يده فقال ﷺ للمرتهن ذهب حقك».
قال ابن حزم في «المحلى» (٨/٩٩): هذا مرسل ومصعب بن ثابت غير قوي.
وقال البيهقي: هو مرسل وفيه من الوهن ما فيه.

(٣) سقط من ط.

فصل
شروط كون الرهن مضموناً عند الهلاك

وأما شرائط كونه مضموناً عند الهلاك، فأنواعٌ، منها: قيام الدين؛ حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة.

وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، ثم هلك الرهن في يد المرتهن؛ أنه يهلك بغير شيء، ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه، استحساناً، والقياسُ أن يضمن، وهو قول زفر.

ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين، وعليه بدل ما استوفى، وزفر سوى بين الإبراء والاستيفاء، ونحن نفرق بينهما.

وجه القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء، ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك، فيصير كأنه استوفى الدين ثم أبرأه، ثم هلك الرهن، ولو كان ذلك. يضمن، كذا هذا؛ ولأن/ ٣/ ٢١٠أ المرهون لما صار مضموناً بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض، وقد بقي لانعدام ما ينقضه.

وجه الاستحسان أن كون المرهون مضموناً بالدين يستدعي قيام الدين؛ لأن الضمان هو ضمان الدين، وقد سقط بالإبراء، فاستحال أن يبقى مضموناً به، وقد خرج الجواب عن قوله إن الاستيفاء يتقرر عند الهلاك؛ لأنا نقول نعم إذا كان الدين قائماً، فإذا سقط بالإبراء، لا يتصور الاستيفاء، وهذا بخلاف ما إذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن؛ لأن قبض الرهن قائمٌ، والضمان متعلقٌ به، فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط، والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره؛ لأن المستوفي يصير مضموناً على المرتهن؛ بخلاف الإبراء؛ لأنه مسقطٌ؛ لأن الإبراء إسقاط، فلا يبقى الضمان، فهو الفرق؛ هذا إذا لم/ يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه، فإنْ وجد هلك الرهن في يده، ضمن كل قيمته؛ لأنه صار غاصباً بالمنع، والمغصوب مضمونٌ بكل القيمة؛ وعلى هذا يخرج ما إذا أخذت المرأة بصداقها رهناً، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، ثم هلك الرهن في يدها ـ أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق؛ لأنها لم تَصرْ مستوفيةً لذلك النصف عند هلاك الرهن؛ لسقوطه بالطلاق، فلم يبق القبض مضموناً.

وكذلك لو أخذت بالصداق رهناً، ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق، ثم هلك الرهن في يدها، لا ضمان عليها؛ لأن الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضموناً،

فصار كما لو أبرأته عن الصداق، ثم هلك الرهن في يدها، ولو لم يكن المهر[1] مسمى حتى وجب مهر المثل، فأخذت بمهر المثل رهناً ثم طلقها قبل الدخول بها، حتى وجبت عليه المتعة؛ لم يكن [لها أن تحبس][2] الرهن بالمتعة، ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع؛ يهلك بغيرِ شيءٍ، والمتعة باقيةٌ على الزوج؛ وهذا قول أبي يوسف.

وقال محمدٌ: لها حق الحبس بالمتعة، ولقب المسألة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهناً بالمتعة؟ عن أبي يوسفَ لا يكون، وعند محمد يكون، ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل، وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ قولَهُ مع قول أبي يوسف.

وجه قول محمد إن الرهن بالشيء رهنٌ ببدله في الشرع؛ لأن بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو؛ لهذا كان الرهن بالمغصوب رهناً بقيمته عند هلاكه، والرهنُ بالمسلم فيه رهناً برأس مال السلم[3] عند الإقالة، والمتعة بدلٌ عن نصف مهر المثل[4] لأنه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل، وهو النكاح عند عدمه، وهذا حد البدل في أصول الشرع[5].

ولأبي يوسف أن المتعةَ وجبتْ أصلاً بنفسها، لا بدلاً عن مهر المثلِ والسبب انعقد لوجوبها ابتداءً؛ كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زَالَ في حق أحد الحكمين، وبقي في حق الحكم الآخر، إلاَّ أنه لا يعمل فيه إلا بعد الطلاق، فكان الطلاق شرط عمل السبب، وهذا لا يدلُّ على كونها بدلاً؛ كما في سائر الأسباب المعلقة بالشروطِ، ولو أسلم في طعامٍ وأخذ به رهنًا، ثم تفاسخا العقد، كان له أن يحبس الرهن برأس المالِ؛ لأن رأسَ المال بدلٌ عن المسلم فيه، فإن هَلَكَ الرهن في يده يهلك بالطعام؛ لأن القبض حين وجوده وقع مضموناً بالطعام وبالإقالة لم يسقط الضمان أصلاً، لأن بَدَلَهُ قائمٌ من قدر[6] رأس المال، فيبقى القبض مضموناً على ما كان؛ بخلاف ما إذا أبرأه عن الدين، ثم هلك الرهن في يد المرتهن؛ أنه يهلك بغير شيء؛ لأن الضمان هناك سقط أصلاً ورأساً، فخرج القبض من أن يكون مضموناً.

ولو اشترى عبداً وتقابضا، ثم تفاسخا، كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن؛ لأن المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع، وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن، فكذا المشتري، وكذلك لو أن البائع سلَّم المبيع وأخذ بالثمن رهناً من المشتري، ثم تقَايَلاَ، كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم [فإن هلك الرهن في يده

---

(١) في أ: الرهن.
(٢) في ط: له أن يحبس.
(٣) في ط: المال.
(٤) في ط: المهر.
(٥) في ط: أصل الشيوع.
(٦) في ط: وهو.

يهلك بالثمن لأن القبض حين وجوده وقع مضموناً بالثمن فلا يتغير عما كان عليه كما في السلم والله أعلم][1].

ومنها: أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن؛ فإن لم يكن لا يكون مضموناً بالدين، وَإن بقي عقد الرهن؛ لأن المرهون إنما صار مضموناً بالقبض، فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضموناً.

وعلى هذا يخرج ما إذا غَصَبَ الرهن غاصبٌ فهلك في يده؛ أنه لا يسقط شيء من الدين؛ لأن قبض الغصب أبطل قبض الرهن[2]، وَإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن.

وَعَلَىٰ هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك؛ أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه، يهلك بالدين، وَإن هلك في حال الانتفاع، يهلك أمانةً؛ لأن المرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن؛ لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع، وَإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الإعارة؛ وقبض الإعارة ينافي قبض الرهن، لأنه قبض أمانة؛ وقبض الرهن قبض ضمان، فإذا جاء أحدُهما انتفى الآخر، ثم إذا فرغ من من الانتفاع فقد انتهى قبض الإعارة، فعاد قبض الرهن.

وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون، فهو على [هذا][3] التفصيل، ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به، فقبضه، خرج عن ضمان الرهن؛ حتى لو هلك في يده يهلك أمانةً، والدين على حاله؛ لأن قبضه قبض العارية، وأنه قبض أمانةً، فينافي قبض الضمان؛ وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن؛ وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبيٍّ بإذن المرتهن أو أعاره المرتهن بإذن الراهن من أجنبيٍّ وسلمه إلى المستعير، فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرجُ عن ضمان الرهن، ولا يخرج عن عقد الرهن، والخروجُ عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن.

ولو كان المرهون جاريةً فاستعارها الراهن، فولدت في يده ولداً، فالولد رهن؛ لأن الأصل مرهون لقيام عقد الرهن، حتى لو هلكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد، فالدين قائم، والولد رهنٌ بجميع المالِ؛ لأن الضمان وإن فات، فالعقد قائم، وفواتُ الضمان لا يوجب بطلان العقد، على ما مَرَّ.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: الدين.
(٣) سقط في ط.

وإذا بقي العقد في الأم، صار الولد مرهوناً تبعاً للأم، فكان له أن يحبسه بجميع المال؛ وكذا لو ولدت هذه الابنة ولداً؛ فإنهما رهن بجميع المال، وَإن ماتَا لم يسقط شيءٌ من الدين؛ لأن الولد ليس بمضمون؛ ألا ترى أن الأم لو كانت قائمةً فهلك الولد لا يسقط شيءٌ من الدين؛ فكذا إذا كانت هالكة، ولا يفتك الراهن واحداً منهما حتى يؤدي المال[1] كله؛ لأنهما دَخَلاَ جميعاً في العقد، فلا يملك الراهن التفريق.

ولو مات الراهنُ، والرهنُ قائمٌ في يده قبل أن يرده إلى المرتهن، فالمرتهنُ أحقُّ به من سائر الغرماء؛ لقيام عقد الرهن، وَإن بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به، وَإن لم يكن فيه ضمان.

ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن، أو أذن له بالانتفاع به، فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرقٌ، فاختلفا، فقال الراهن: حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته إلى الرهن، وقال المرتهن: لا بل حدث هذا في حال اللبس، فالقول قولُ المرتهن؛ لأنهما لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان، فالراهن يدعي عوده إلى الضمان، والمرتهن ينكر، فكان القولُ قولَهُ.

هذا إذا اتفقَا على اللبس واختلفَا في وقته، فأما إذا اختلفَا في أصل اللبس فقال الراهن: لم ألبسه ولكنه تخرق، وقا المرتهنُ: لبستَهُ فتخرق، فالقولُ قولُ الراهن؛ لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان: فالمرتهنُ بدعواه اللبس[2] يدعي الخروج من الضمان، والراهن ينكر، فكان القول قوله.

وَإن أقام الراهن البينة أنه تخرق في ضمان المرتهن، وأقام المرتهن البينة أنه تخرق بعد خروجه من الضمان فالبينةُ بينةُ الراهن، لأن بينته مثبتة؛ لأنها تثبت الاستيفاء، وبينةُ المرتهن تنفي الاستيفاء، فالمثبتة أَوْلَى.

٣/٢١١أ ومنها: أن يكون المرهون مقصوداً، فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما/ في حكم المتولد؛ كالولد، والثمر، واللبن، والصوف، والعقر؛ ونحوها ـ مضموناً إلا الأرش خَاصَّة، حتى لو هلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين إلا الأرش؛ فإنه إذا هلك تسقط حصته من الدين، وَإنما كان كذلك لأن الولد ليس بمرهون مقصوداً، بل تبعاً للأصل؛ كولد المبيع على أصل أصحابنا أنه مبيع تبعاً لا مقصوداً، والمرهون تبعاً لا حصة له من الضمان، إلاَّ إذا صار مقصوداً بالفكاك؛ كما أن المبيع تبعاً لا حصةَ له من الثمن إلا إذا صار مقصوداً بالقبض؛

---

(١) في أ: الدين.
(٢) في أ: القبض.

بخلاف الأرش؛ لأنه بدلُ المرهون؛ لأن كلَّ جزء من أجزاء الرهن مرهونٌ، وبدلُ الشيء قائمٌ مقامه؛ كأنه هو، فكان حكمه حكم الأصلِ، والأصلُ مضمون؛ فكذا بدله؛ بخلاف الولد ونحوه، وبخلاف الزيادة على الرهن أنها مضمونة لأنها مرهونة مقصوداً لا تبعاً؛ لأن الزيادة إذا صحت التحقت بأصل العقد، كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه؛ على ما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو هلك الأصل وبقيت الزيادة، يقسم الدين على الأصل والزيادة؛ على قدر قيمتهما، وتعتبر قيمة الأصل وقت القبض، وَإن شئت قلت: وقت العقد، وهو اختلاف عبارة والمعنى واحدٌ؛ لأن الإيجاب والقبول لا يصير عقداً شرعاً إلا عند القبض، وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكاك؛ لأن الأصل إنما صار مضموناً بالقبض، فتعتبر قيمة يوم القبض، والزيادة إنما يصير لها حصة من الضمان بالفكاك[1]، فتعتبر قيمتها حينئذٍ، إلا أن هذه القسمة للحال ليست قسمةً حقيقيةً، بل من حيث الظاهر؛ حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن، والقسمة الحقيقية وقت الفكاك، ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الأصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدن؛ ولأن الأصل دخل في الضمان بالقبض، والقبضُ لم يتغير فلا يتغير الضمان، والولد إنما يأخذ قسطاً من الضمان بالفكاك، فتعتبر قيمته يوم الفكاك.

وشرح هذه الجملة: إذا رهن جارية قيمتها ألفٌ بألفٍ، فولدت ولداً يساوي ألفًا، فإن الدين يقسم على قيمة الأم والولد نصفين، فيكون في كل واحد منهما خمسمائة، حتى لو هلكت الأم سقط نصف الدين وبقي الولد رهناً بالنصف الباقي، يفتكه الراهن به إن بقي إلى وقت الافتكاك، وَإن هلك قبل ذلك هلك بغير شيء، وجعل كأنه لم يكن، وعادت حصته من الدين إلى الأم، وتبين أن الأم هلكت بجميع الدين، وَإن لم يهلكْ لكن تغيرت قيمته إلى الزيادة، فصار يساوي ألفين، بطلت قسمة الأنصاف وصارت القسمة أثلاثًا: ثُلُثَا الدين في الولد، والثلثُ في الأم، وتبين أن الأم هلكت بثلث الدين وبقي الولد رهناً بالثلثين، فإن ازدادت قيمتُهُ وصار يساوي ثلاثة آلاف، بطلت قسمة الأثلاث وصارت القسمة أرباعاً، ثلاثة أرباع الدين في الولد، وربع في الأم، وتبين أن الأم هلكت بربع الدين وبقي الولد رهناً بثلاثة أرباعه، ولو تغيرت قيمته إلى النقصان فصار يساوي خمسمائة، بطلت قسمة الأرباع وصارت القسمة أثلاثاً: ثلثا الدين في الأم والثلث في الولد، وتبين أن الأم هَلَكَتْ بثلثي الدين وبقي الولد رهناً بالثلث، هكذا على هذا الاعتبار، وسواءٌ كان الولد واحداً أو أكثر ولدوا معاً أو متفرقاً؛ يقسم الدين على الأم وعلى الأولاد على قدر قيمتهم، لكن تعتبر قيمة الأم يوم العقد،

(١) في أ: بالهلاك.

وقيمة الأولاد يوم الفكاك؛ لما ذكرنا، وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد، حتى لو ولدت الجارية بنتًا ثم ولدت بنتها ولداً، فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم، ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الأصلي، ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده؛ لأن ولد الرهن[1] ليس بمضمونٍ حتى يتبعه ولده؛ فكأنهما في الحكم ولدان.

ولو ولدت الجارية ولداً ثم نقصت قيمة الأم في السعر أو في البدن، فصارت تساوي خمسمائة، أو زادت قيمتها فصارت تساوي ألفين، والولد على حاله/ يساوي ألفاً، فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان؛ وإن كانت الأم على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله، أو لسعر، فصار يساوي خمسمائة، صار الدين فيهما أثلاثاً؛ الثلثان في الأمر، والثلث في الولد. ٣/٢١١ب

ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي ألفين؛ فثلثا الدين في الولد، والثلثُ في الأمر؛ حتى لو هلكت الأم يبقى الولد رهناً بالثلثين؛ لما ذكرنا أن الأصل إنما دخل تحت الضمان بالقبض، والقبضُ لم يتغير فلا تتغير القسمة، والولد إنما يصير له حصة من الضمان بالفكاك، فتعتبر قيمته يوم الفكاك.

ولو اعورّتِ الأم بعد الولادة، أو كانت اعورت قبلها، ذهب من الدين بعورها ربعه، وذلك مائتان وخمسون، وبقي الولد رهناً بثلاثة أرباع الدين؛ وذلك سبعمائة وخمسون.

وهذا الجواب فيما إذا ولدت ثم اعورت ظَاهِرٌ؛ لأن الدين قبل الإعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة، فإذا اعورت والعين من الآدمي نصفه، فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين؛ وهو ربع الكل؛ وبقي الولد رهناً ببقية الدين وهو ثلاثة الأرباع.

فأما إذا اعورت ثم ولدت، ففيه إشكالٌ من حيث الظاهر، وهو أن قبل الإعوار كان كأن كل الدين فيها، وبالإعوار ذهب النصف وبقي النصف. فإذا ولدت ولدًا فينبغي أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثًا؛ الثلثان على الولد والثلث على الأم.

والجواب: أن ذهاب نصف الدين بالإعورار لم يكن حتماً، بل على [طريق][2] التوقف على تقدير عدم الولادة، فإذا ولدت تبين أنه لم يكن ذهب بالإعوار إلا ربع الدين؛ لأن الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد، فصار كأنها ولدت ثم اعورت، ولو هلك الولد وقد اعورّت

(١) في أ: الولد.
(٢) سقط في ط.

الأم قبل الولادة أو بعدها، ذهب نصف الدين بالإعورار؛ لأن الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن، وعادت/ حصته إلى الأم، وتبين أن الأم كانت رهناً بجميع الدين، فإذا اعورّت ذهب بالإعوار نصفه، وبقي النصف الآخر، ولو لم يهلك ولكنه اعور، لم يسقط بإعوراره شيء من الدين؛ لأنه لو هلك لا يسقط، فإذا أعور أَوْلَىٰ، لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير؛ لأنها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد إلى الزيادة والنقصان؛ لما ذكرنا فيما تقدم.

وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن أنها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة؛ بأن رهن جارية ثم زاد عبداً؛ لأن هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصوداً، فكانت مرهونة أصلاً لا تبعاً، فكانت مضمونة، ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة.

وجملة الكلام في كيفية الانقسام أن الراهن لا يخلو إما إن زاد في الرهن وليس في الرهن نماء، وإما إن كان فيه نماء، فإن لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد عليه، والزيادة على قدر قيمتها، حتى لو كانت قيمة الجارية ألفاً وقيمة العبد ألف، والدين ألف كان الدين فيهما نصفين؛ في كلّ واحد منهما خمسمائة.

ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة، كان الدين فيهما أثلاثًا، الثلثان في العبد والثلث في الجارية، وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين؛ لأن كل واحد منهما مرهونٌ مقصودًا لا تبعاً، إلاّ أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد؛ وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها، ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك؛ لأن الزيادة والنقصان كلُّ واحد منهما إنما دخل في الضمان بالقبض، فتعتبر قيمته يوم القبض، والقبض لم يتغير بتغير القيمة، فلا تتغير القسمة، بخلاف [تغير][1] زيادة الرهن وهي نماؤه؛ أن القسمة تتغير بتغير قيمتها؛ لأنها مرهونة تبعاً لا أصلاً، والمرهون تبعاً لا يأخذ حصة من الضمان إلا بالفكاك، فتعتبر قيمتها يوم الفكاك، فكانت القسمة قبله محتملة للتغير.

لو نقص الرهن الأصلي في يده حتى ذهب قدره من الدين، ثم زاده الراهن بعد ذلك رهناً آخر؛ يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت؛ نحو ما / ٣/٢١٢أ إذا رهن جارية قيمتها ألف بألف، فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف، ثم زاد الراهن عبداً قيمته ألف، يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء، وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثًا؛ فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون، وثلث في العبد الزيادة، والثلث وذلك مائة وستة وستون، وثلثان في الجارية.

---

(١) سقط في طـ.

فرق بين الزيادة في الرهن و[بين][1] زيادة الرهن؛ وهي نماؤه؛ بأن اعورتِ الجاريةُ ثم ولدت ولداً قيمته ألف؛ أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين، فيكون في كلِّ واحد منهما خمسمائة، ثم ما أصاب الأم وهو النصف ذهب بالإعورار نصفه، وهو مائتان وخمسون، وبقي ثلاثة أرباع الدين، وذلك سبعمائة وخمسون، في الأم والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الأم، وفي الزيادة على الرهن يبقى الأصل، والزيادة بنصف الدين.

ووجْهُ الفرقِ بين الزيادتين أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الأصالة لا بطريق التبعية؛ لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصوداً، فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة، ولم يبق وقت الزيادة إلا النصف، فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما؛ بخلاف زيادة الرهن؛ لأنها ليست بمرهونة مقصودًا؛ لانعدام وجود الرهن فيها مقصوداً، بل تبعاً للأصل؛ لكونها متولدة منه، فيثبت حكم الرهن فيها تبعًا للأصل؛ كأنها متصلة به، فتصير كأنها [كانت][2] موجودة عند العقد، فكانت الثابت في الولد غير ما كان ثابتًا في الأم، فيعتبر في القسمة قيمة الأم يوم القبض.

وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة، ثم زاده في الرهن عبدًا قيمته ألف؛ أن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية، فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسمائة، وعلى قيمة العبد الزيادة وبقي ألف أثلاثًا؛ ثلثاها في العبد، وثلثها في الجارية، حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسمائة؛ وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث؛ وذلك مائة وستة وستون وثلثان؛ لأن الزيادة زيادة على المرهون، والمرهون محبوسٌ بالدين/ والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها، ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيًا، فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثًا.

ولو قضى خمسمائة ثم اعورت الجارية قَبْلَ أن يزيد الرهن، ثم زاد عبدًا قيمته ألف درهم، قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم، أربعة من ذلك في الزيادة، وسهم في الجارية العوراء؛ لأنه لما قضى الراهن خمسمائة فرغ نُصف الجارية شائعًا من الدين، وبقي النصف الباقي في نصفها شائعًا؛ وذلك خمسمائة، فإذا اعورَّت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين، وذلك مائتان وخمسون، وبقي مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية، فإذًا هذه الزيادة تلحق هذا القدر، فيقسم هذا القدر في الأصل والزيادة أخماسًا؛ أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسه وذلك خمسون في الأصل.

---

(١) سقط في ط. (٢) سقط في ط.

هذا إذا زاد وليس في الرهن نماء، فأما إذا زاد وفيه نماءٌ؛ بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف، فولدت ولدًا يساوي ألفًا، ثم زاده عبدًا قيمته ألف، فالراهن لا يخلو إما إن زاد والأم قائمة، وَإما إن زاد بعد ما هلكت الأم، فإنٍ كانت قائمة فزاد؛ لا يخلو إما إن جعله زيادة على الولد أو على الأم أو عليهما جميعاً، أو أطلقِ الزيادة ولم يسم المزيد عليه ـ أنه الأم أو الولد؛ فإن جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة، ولا يدخل في حصة الأم؛ لأن الأصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه، وقد/ جعله زيادة على الولد، فيكون زيادة معه، ٣/٢١٢ب فيقسم الدين أولاً على الأم والولد على قدر قيمتهما؛ تعتبر قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الولد يوم الفكاك، ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما، وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فيما تقدم، وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها؛ لأنها إنما جعلت في الضمان بالقبض، فتعتبر قيمتها يوم القبض.

ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة؛ لأنه إذا هلك جعل كأن لم يكن أصلاً ورأسًا، فلم تتحقق الزيادة عليه؛ لأن الزيادة لا بد لها من مزيد عليه، فتبين أن الزيادة لم تقع رهنًا.

وَإن جعله زيادة على الأم فهو على ما جعل؛ لما ذكرنا أن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره؛ ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت على الأم، فعند التقييد والتنصيص أوْلَىٰ.

وإذا وقعت زيادة على الأم جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد، فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما، تعتبر قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض، ثم ما أصاب الأم يقسم عليها وعلى ولدها؛ على اعتبار قيمة الأم يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك.

ولو مات الولد أو زادت قيمته، أو ولدت ولدًا، فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير، ويقسم الدين أولاً على الجارية والعبد نصفين، ثم ما أصاب الأم يقسم عليها وعلى ولدها، فتعتبر زيادة الولد في حق الأم ولا تعتبر في حق العبد، سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله؛ لأن الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدةٍ.

ولو هلكت الأم بعد الزيادة ذَهَبَ ما كان فيها من الدين وبقي الولد؛ والزيادة بما فيهما بخلاف ما إذا هلك الولد أنه تبطل الزيادة؛ لأن بهلاك الأم لا يتبين أن العقد لم يكن، بل يتناهى ويتقرر حكمه، فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد؛ لأنه إذا هلك التحق بالعدم من الأصل، وجعل كأن لم يكن، فتبين أن الزيادة لم تصحّ رهنًا.

ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء؛ لأن الولد غير مضمون بالهلاك، فإذا هلك جعل كأن لم يكن، وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وإن جعله زيادة على الأم والولد جميعًا، فالعبد زيادة على الأم خاصّةً، ولا عبرة للولد في حق الزيادة، ولا يدخل في

حصتها، وَإنما يعتبر في حق الأم ويدخل في حصة الأم، والولد في حق الزيادة حال وجود الأم كالعدم، فلا تصلح[1] الزيادة عليه في حال قيام الأم، فيقسم الدين على الأصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، ثم يقسم ما أصاب الأم قسمة أخرى بينها وبين ولدها؛ على اعتبار قيمتها ويوم العقد يوم الفكاك؛ كذلك وَإن أطلق الزيادة ولم يسم الأم ولا الولد، فالزيادة رهن مع الأم خاصة؛ لأن الزيادة لا بد لها من مزيد عليه، وكلٌ واحد منهما على الانفراد يصلح مزيدًا عليه، إلاَّ أن الأم أصل في الرهن والولد تابعٌ، فعند الإطلاق جعلها زيادة على الأصل أولَى، وَإذا صارت الزيادة رهنًا مع الأم يقسم الدين قسمين؛ على نحو ما بينا.

هذا إذا كانت الأم قائمة وقت الزيادة، فأما إذا هلكت الأم ثم زادوا العبد زيادة على الولد، فكانا جميعًا رهنًا بخمسمائة، يفتك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين؛ لأن الزيادة تستدعي مزيدًا عليه، والهالك خرج عن احتمال ذلك، فتعين الولد مزيدًا عليه، وقد ذهب نصف الدين بهلاك الأم، وبقي النصف وذلك خمسمائة، فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما، ولو هلك الولد أخذ الراهن العبد بغير شيء، لأنه لما هلك فقد التحق بالعدم، وجعل كأنه لم يكن، وعادت حصته إلى الأم، فتبيَّنَ أنها هلكت بجميع الدين، فتبين أن الزيادة حصلت بعد سقوط الدين، فلم تصح.

ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك أمانةً، إلاَّ إذا منعه بعد الطلب؛ لأنه تبين أنه لم يكن رهنًا في الحقيقة؛ لما بينا فصار كما إذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك الرهن؛ أنه يهلك أمانة لما قلنا/ ؛ كذا هذا إلاَّ إذا منع بعد الطلب؛ لأنه صار غاصبًا بالمنع، فيلزمه ضمان الغصب. ٣/٢١٣أ

وأما بيان كيفية الضمان وقدره، فالرهن لا يخلو إما أن يكون من جنس حق المرتهن، أو من خلاف جنس حقه، فإن كان من خلاف جنس حقه فإما أن يكون شيئًا واحدًا، وَإما أن يكون أشياء، فإن كان شيئًا واحدًا يهلك مضمونًا بالأقل من قيمته ومن الدين.

وتفسيره إذا رهن عبدًا قيمته ألف بألف، فهلك، ذهب الدين كله، وَإن كانت قيمة العبد ألفين فهلك، وذهب كل الدين أيضًا، وفضل الرهن يهلك أمانة، وَإن كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة، ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين، وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ مثل سيدنا عمر، وعبد الله بن مسعود، وهو رواه عن سيدنا عليٍّ ـ رضي الله عنهم.

(١) في أ: تصح.

ومنهم من قال: إنه مضمون بقيمته بالغةً ما بلغت، أي: على المرتهن فضل قيمة الرهن؛ وهكذا روي عن ابن سيدنا عمر - رضي الله عنهما -.

ومنهم من قال: إنه مضمون بالدين بالغًا ما بلغ، أي: يذهب كل الدين، قلَّتْ قيمة الدين أو كثرت، وهو مذهبُ شريح.

وعن سيدنا عليٍّ - رضي الله عنه - روايةٌ أخرى: أنه قال يترادَّان الفضل[1]، يعني: إن كانت قيمة الرهن أكثر، فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة، وإن كانت قيمته أقل، فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين، واختلافهم على هذا الوجه حجةٌ على الشافعي - رحمه الله - في قوله إن المرهون أمانة؛ لأن اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاقٌ منهم على كونه مضمونًا، فإنكار الضمان أصلاً، يَرْجع إلى مخالفة الإجماع، فكان باطلاً، ثم الرجحان

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٨/ ٢٣٩) كتاب البيوع، باب: «الرهن يهلك» حديث (١٥٣٩) قال: أخبرنا عبد الرزاق عن الثوري عن الحكم عن علي قال: . . . . فذكره بنحوه.
وأخرجه برقم (١٥٤٠)، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر عن قتادة عن علي مثله.
وأخرجه البيهقي عن خلاس عن علي (٦/ ٤٣) قال: إذا كان من الرهن فضل فإن أصابته جائحة فالرهن بما فيه، فإن لم تصبه جائحة فإنه يرد الفضل. قال البيهقي: وما رواه خلاس عن علي أخذه من صحيفة قاله يحيى بن معين وغيره من الحفاظ، وروي عن علي - رضي الله عنه - مطلقاً: يتراضان الفضل.
وأخرجه أيضاً من طريق الحكم عن علي قال: في الرهن يتراضان الزيادة والنقصان.
قال البيهقي: هذا منقطع والحكم بن عتيبة لم يدرك علياً، وقد روي عن الحجاج من وجه آخر ضعيف موصولاً.
وأخرجه أيضاً من طريق أبي عوانة عن منصور عن الحكم، عن علي في الرهن إذا هلك يتراضان الفضل.
والحكم بن عتيبة لم يدرك علي فهو منقطع.
وأخرجه أيضاً من طريق الحارث عن علي، قال: إذا كان الرهن أفضل من القرض أو كان القرض أفضل من الرهن ثم هلك يتراضان الفضل.
من طريق معمر بن سليمان عن الحجاج عن الشعبي عن الحارث عنه فذكره.
وأخرجه عن الحجاج عن عطاء قال: كان يقال ترادان الفضل بينهما.
قال البيهقي: الحارث الأعور والحجاج بن أرطاة ومعمر بن سليمان غير محتج بهم (وقد روي من وجه ثالث عن علي).
وأخرجه أيضاً عن ابن الحنفية عن علي - رضي الله عنه -، قال: إذا كان الرهن أقل رد الفضل وإن كان أكثر فهو بما فيه.
قال البيهقي:
قال الشافعي: الرواية عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - بأن يتراضان الفضل أصح عنه من رواية عبد الأعلى، وقد رأينا أصحابكم يضعفون رواية عبد الأعلى التي لا يعارضها معارض تضعيفاً شديداً فكيف إذا عارضه فيه من هو أقرب من الصحة وأولى بها منه.

في كيفية الضمان لقول سيدنا عمر، وابن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ؛ لأن المرهون مضمونٌ عندنا بطريق الاستيفاء؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء، ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك، فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء.

فَإن كانت قيمة الرهن مثل الدين أَمْكَنَ تحقيق الاستيفاء؛ لأن استيفاء الدين مثله صورة ومعنى، أو معنى لا صورة، وَإذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء إلا في قدر الدين، ولا يتحقق في الزيادة؛ لأن استيفاء الأقل من الأكثر يكون ربًا، وإذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء إلا بقدر الدين؛ لأن استيفاء الأكثر من الأقل لا يتصور.

هَذَا إذا كان المرهون شيئًا واحدًا، فَأَمَّا إذا كان أشياء، بأن رهن عبدين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك، فلا يخلو إما إن أطلق الرهن ولم يسم لكلِّ واحدٍ منهما شيئًا من الدين، وإما إن قيد وسمى لكل واحد منهما قدرًا معلومًا من الدين، فإن أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما، وكان كل واحد منهما/ مضمونًا بالأقل من قيمة نفسه، ومن حصته من الدين؛ لأن كل واحد منهما مرهون، والمرهونُ مضمون بالدين، فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان؛ كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن؛ لأن المرهون مضمون بالدين؛ كما أن البيع مضمون بالثمن.

وإن قيد كان كل واحد منهما مضمونًا بالأقل من قيمته ومما سمى له؛ لأنه لما سمى وجب اعتبار التسمية، فينظر إلى القدر المسمى لكل واحد منهما، فأيهما هلك يهلك بالأقل من قيمته ومن القدر المسمى؛ كما في باب البيع إذا سمى لكلِّ واحد من المبيعين ثمنًا؛ أنه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى؛ كذا هذا، هذا إذا كان المرهون من خلاف جنس الدين، وهلك في يد المرتهن، فأما إذا كان مِن جنسه بأن رهن موزونًا بجنسه أو مكيلاً بجنسه، وهلك في يد المرتهن، فقد اختلف أصحابُنا فيه؛ قال أبو حنيفة: يهلك مضمونًا بالدين باعتبار الوزن دونَ القيمةِ، حتى لو كان وزن الرهن بمثل وزن الدين، وقيمته أقل منه، فهلك، يذهب كل الدين عنده، وعند أبي يوسف ومحمدٍ يضمن القيمة من خلاف الجنس، على ما نذكر.

فمن أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة[1] في الهالك، ومِن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن، فأما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنسِ.

٢١١ب وأما في الانكسار فأبو حنيفة يضمن القيمة، وكذلك أبو يوسف عند الاستواء/ في الوزن والقيمة، ولا يريان الجعل بالدين أصلاً، ومحمد يجعل بالدين لكن عند الإمكان؛ بأن لا يؤدي

---

(١) في أ: القدر.

ذلك إلى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدي إلى الربا، فإن أدى إلى شيء مما ذكرنا فإنه لا يجعل بالدين أيضًا.

وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فأبو يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الأمانة. والمضمون، فما كان في الأمانة يذهب بغير شيء، وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته، ويملك[1] من الرهن بقدره، ومحمد ـ رحمه الله ـ يصرف النقصان إلى الزيادة.

وإذا كثر النقصان حتى انتقص من الدين، يخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين، ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزيوف من الجياد؛ حتى لو أخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده، سقط دينه؛ وكذا عند محمد، إلاَّ أن محمدًا ترك أصله في الرهن، وعن أبي يوسف لا يسقط، بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه، فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزيوف عن الجياد، فهذه أصولُ هذه المسائل.

وأما تخريجها على هذه الأصول، فنقول وبالله التوفيق:

إذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة، فهلك أو انكسر في يد المرتهن، فوزن القلب لا يخلو إما أن يكون مثل وزن الدين؛ بأن كان عشرة، أو إما أن يكون أقل من وزنه؛ بأن كان ثمانية، وإما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني عشر، وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار، فإن كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة، فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك، يهلك بالدين بلا خلافٍ؛ لأن في وزنه وقيمته وفاء بالدين، ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه ربا، فيهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا.

وَإن انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلافٍ؛ لأنه لو افتكه إما أن يفتكه بجميع الدين وَإما أن يسقط شيء من الدين بمقابلة النقصان، لا سبيل إلى الأول؛ لأن فيه ضررًا بالراهن لفوات حقه عن الجودة والصناعة من غير عوض، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ لأن الدين والرهن يستويان في الوزن والجودة قيمة لها شرعاً عند مقابلتها بجنسها، فكانت ملحقة بالعدم شرعًا، فيكون إيفاء عشرة بثمانية، فتكون ربا، فيتخير إن شاء افتكه بجميع الدين ورضي بالنقصان، وَإن شاء ضمن المرتهن قيمته، بالغة ما بلغت، فكانت رهنًا مكانه، ويصير القلب ملكًا للمرتهن بالضمان، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إن شاء افتكه بجميع الدين، وَإن شاء جعله بالدين، ويصير ملك المرتهن بدينه.

وَجهُ قول محمد أن ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن؛ لأن ذلك موجب/ قبض هو

---

(١) في ط: ويهلك.

تعدى كقبض الغصب، وقبض الرهن مأذون فيه، فلا يناسب ضمان القيمة، ويناسبه الجعل بالدين؛ لأنه قبض استيفاء، وفي الجعل بالدين يقدر[1] الاستيفاء.

وجه قولهما إن جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية، جاء الإسلام وأبطله بقوله: «لا يغلقُ الرَّهْنُ»، والجعلُ بالدين غلق الرهن، فكان باطلاً، وبه تبين أن ملك الرهن بالدين لا يجوز أن يكون حكم هذا التصرف، وَإن حكمه ملك اليد والحبس، لا ملك العين والرقبة.

فأما ضمان القيمة فيصلح حكماً له في الجملة؛ ألا ترى أن محمدًا يقولُ به عند تعذر الجعل بالدين على ما نذكر، وَإن كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك، يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ؛ لأنه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك، وفي وزنه وفاء بالدين، وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه.

وجه قولهما إنه لو هلك بالدين إما أن يهلك بوزنه، وَإما أن يهلك بقيمته، لا سبيل إلى الأول؛ لأن فيه ضررًا بالمرتهن، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه يؤدي إلى الربا، فيخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين، وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه، فيكون رهنًا مكانه.

٣/٢١٤أ ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن قبض الرهن قبض/ استيفاء، والجيد والرديء في الاستيفاء على السواءِ؛ لأن استيفاء الزيوف عن الجياد جائزٌة عنده، وإنِ انكسر فالراهن بالخيار: إن شاء افتكه بجميع الدين، وَإن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالإجماع، وليس له خيار الجعل بالدين هنا بلا خلافٍ.

أما على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فلأنهما لا يريان الجعل بالدين أصلاً، ومحمد ـ رحمه الله ـ إن كان يرى ذلك لكن عند الإمكان[2]، وههنا لا يمكن؛ لأنه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدي إلى الضرر بالمرتهن؛ حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية بعشرة، ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي إلى الربا، فمست الضرورة إلى ضمان القيمة، والله تعالى أعلم.

وإن كانت قيمته أكثر من وزنه؛ بأن كانت اثني عشر فهلك، يهلك بالدين عند أبي حنيفة؛ اعتبارًا للوزن، وكذلك عند محمد؛ لأن الجودة هنا فضل، فكان أمانة بمنزلة الفضل في الوزن.

أما على قول أبي يوسف، فقيل: يضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب، ويرجع بدينه؛ لأن الجودة عنده مضمونة.

---

(١) في ط: تقرير.

(٢) في أ: الاتفاق.

وقيل: يهلك بالدين عنده أيضًا؛ لأنه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة، وَإنما يعتبر الجودة في الانكسار وَإن انكسر، فالراهنُ بالخيار عند أبي حنيفة، إن شاء افتكه بالدين مع النقصان، وَإنْ شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه، فيكون رهنًا مكانه، لما ذكرنا فيما تقدم، سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم؛ بأن عادت قيمته إلى أحد عشر، أو قدر درهمين؛ بأن عادت قيمته إلى أحد عشر، أو أكثر من ذلك، بأن صارت قيمته ثمانية.

وعند أبي يوسف: إن شاء افتكه بالدين، وَإن شاء ضمن المرتهن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه، فيصير خمسة أسداس الرهن ملكًا للمرتهن بالضمان، وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهنًا بالدين؛ لأن مِنْ أصلِهِ أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعًا في قدر الأمانة، والمضمون والقدر الذي في الأمانة يذهب بغير شيءٍ، والقدر الذي في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكًا له.

وعند محمد ينظر إلى النقصان: إن كان قدر درهم أو درهمين لا ضَمان على المرتهن، ويجبر الراهن على الفكاك، وَإن زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين؛ كما لو كانت قيمته ووزنه سواء؛ لأنَّ من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار إلى الجودة الزائدة، إلا إذا كثر النقصان حتى عادت قيمته إلى ثمانية، فله أن يجعله بالدين إن شاء، وَإن شاء افتكه.

وقيل: إن على قوله له أن يضمنه كما قال أبو حنيفة - رحمه الله - في الجعل بالدين من إسقاط حقه عن الجودة.

هذا إذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة، فأما إذا كان أقل من وزنه ثمانية، فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك، يهلك بمثل وزنه من الدين؛ وهو ثمانية بالإجماع. وإنِ انكسر، فالراهن بالخيار: إن شاء افتكه بالدين، وَإن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه، فكانت رهنًا، والقلب للمرتهن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد إن شاء افتكه بالدين، وَإن شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا، وإن كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك، يهلك بثمانية في قول أبي حنيفة؛ اعتبارًا للوزن، وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه؛ لما بينا، وإنِ انكسر ضمن القيمة بالإجماع.

أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فلأنهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأسًا، ومحمدٌ إن كان يجيزه لكن بشريطة انعدام الضرر[1]، وفي الجعل بالدين هنا

---

(١) في أ: الصحة.

ضررٌ بالمرتهن، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة، فهلك، يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن القيمة، وإن انكسر: إن شاء افتكه بالدين، وَإن شاء ضمن القيمة بالإجماع؛ لما ذكرنا.

وَإن كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك، يهلك بثمانية عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته، وَإنِ انكسر فعند أبي حنيفة إن شاء افتكه بالدين/ وإن شاء ضمنه جميع القيمة، وكانت قيمته رهنًا، والقلب ملكًا[1] للمرتهن، وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته، ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهنًا عنده بالدين، وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالأمانة إن قل النقصان؛ بأن كان درهمًا أو درهمين، ويجبر الراهن على الافتكاك، وَإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكاك وبين الجعل بالدين.

٣/٢١٤ب

هذا إذا كان وزن القلب أقلّ من وزن الدين ثمانية، فأما إذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر، فإن كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك، سقط الدين والزيادة على الدين تهلك [أمانة بلا خلاف][2] وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين، وإن كانت قيمته أقل من وزنه وأكثر من الدين؛ بأن كانت أحد عشر، فهلك، سقط الدين بخمسة أسداسه، والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة، ولا رواية عنهما في هذا الفصل.

وَإن انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين، وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا.

وكذلك عند محمد؛ لتعذر التمليك بالدين لما فيه من الضرر، وَإن كانت قيمته مثل وزن الدين عشرة فهلك، يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة؛ لأنه يعتبر الوزن، وعندهما يضمن خمسة أسداسه ويرجع بحقه، وَإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة، وعندهما يغرم جميع القيمة، ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد؛ لأنه يؤدي إلى الربا.

وَإن كانت قيمته أقل من الدين ثمانية، فهلك، ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة، وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه، وعندهما يغرم القيمة في الحالين، وَإن كانت قيمته خمسة عشر، فهلك، يهلك خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة، وَإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة، ثم في كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان، وصار شريكًا، فهذا شيوع طارىء.

---

(١) في أ: مكانه.

(٢) في ط: بلا أمانة خلاف.

فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع القلب، فيكون الباقي مع القدر[1] الذي غرم رهنًا؛ لأن الشيوع يمنع صحة الرهن، مقارنًا كان أو طارئًا، وعلى رواية أبي يوسف لا حاجة إلى القطع؛ لأن الشيوع الطارىء لا يمنع بقاء العقد على الصحة.

وأما الرهن الفاسد، فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس، وللراهن أن يسترده منه، فإن منعه حتى هلك يضمن مثله، إن كان مِثْلِّ، وقيمته إن لم يكن له مثلٌ؛ لأنه صار غاصبًا بالمنع، والمغصوب مضمونٌ على الغاصب بالمثل أو بالقيمة، وَإن لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك الرهن في يده، ذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ أنه يهلك أمانة؛ لأن الرهن إذا لم يصح كان القبض قبض أمانة؛ لأنه قبض بإذن المالك فأشبه قبض الوديعة، وحكى القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه ذكر في «الجامع الكبير» أن كل ما هو محل للرهن الصحيح، فإذا رهنه رهنًا فاسدًا فهلك في يد المرتهن، يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح، لا يكون مضمونًا بالرهن الفاسد؛ كالمدبر وأم الولد، وهذا يدل على أن الفساد كان لمعنى في نفس المرهون، لا يكون مضمونًا، بل يكون أمانة، وإن كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونًا.

ووجهه أن المرهون مضمون بالقبض، ولا فساد في القبض، إلاً أن من شرط كون المقبوض مضمونًا أن يكون مالاً مطلقًا متقومًا كالمقبوض بالبيع الفاسد، فإن وجد الشرط يكون مضمونًا، وإلا فلا، هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون.

وأما حكم استهلاكه فنقول: المرهونُ لا يخلو إما إن يكون من بني آدم كالعبد والأمة، وإما إن كان من غير بني آدم من سائر الأموال، فإن كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبيٌّ، ضمن قيمته، إن كان مما لا مِثْلَ له، ومِثْلَهُ إن كان مما له مثلٌ، كما إذا لم يكن مرهونًا، والمرتهن هو الخصم في تضمينه، وكان/ الضمان رهنًا لأنه بدلُ المرهون. ٣/ د

ثم إن كان الضمان من جنس الدين، والدين حال، استوفاه بدينه، وَإن كان الدين لم يحل حبسه رهنًا مكانه؛ وكذلك لو استهلكه المرتهن؛ لأنه لو أتلف مالاً مملوكًا متقومًا بغير إذن مالكه، فيضمن مثله أو قيمته، كما لو أتلفه أجنبيٌّ وكان رهنًا مكانه، إن استهلكه الراهن، فإن كان الدين حالاً يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان، فيطالب بالدين، وَإن كان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان، فأمسكه إلى أن يحل الدين.

وإذا كان الرهن نماء كاللبن والولد، فاستهلكه المرتهن أو الراهن أجنبي، بأن كان الرهنُ

(١) في أ: القيمة.

شاةً قيمتُها عشرة بعشرة، فحلبت أو ولدت، فعليه ضمانه؛ أما وجوب الضمان على الأجنبيِّ والمرتهن، فظاهرٌ؛ لأن الزيادة ملك الراهن، وإتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه يوجب الضمان. وأما وجوبه على الراهن؛ فلأن المتلف وَإن كان مملوكاً له، لكن للمرتهن فيه حتى قوي، فيلحق بالملك في حق وجوب الضمان، وَإذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنًا عند المرتهن؛ لأنه بدل المرهون فيقوم مقامه، فإن هلك الضمان لا يسقط شيءٌ من الدين؛ لأنه بدل ما ليس بمضمون بالدين، فكان حكمه حكم الأصل، والأصل لو هلك يهلك بغير شيءٍ؛ كذا البدل، وَإن هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين؛ لأنها مرهونةٌ مقصودةٌ، فكانت مضمونة بالهلاك، ويفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين؛ لأن الزيادة تصير مقصودة بالفكاك، فيصير لها حصة من الدين.

هذا إذا كان الاستهلاك بغير إذن، فأما إذا كان بإذن؛ بأن قال الراهن للمرتهن: احلب الشاة، فما حلبت فهو حلالٌ لك، أو قال له: كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل، حل له ذلك، ولا ضمان عليه، لأن الزيادة ملك الراهن، فيصح إذنه بالأكل والشرب، ولا يسقط شيء من دين المرتهن؛ حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين؛ لأن إتلاف المرتهن بإذن الراهن مضاف إلى الراهن؛ كأنه أتلفه بنفسه، ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء من الدين، وكان عليه ضمان المتلف؛ كذا هذا.

وَإن لم يفتكها حتى هلك، تهلك بحصتها من الدين، فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو[1] ولدها؛ على قدر قيمتهما[2] فما كان حصة الشاة يسقط، وما كان حصة الزيادة يبقى، ويخاطب الراهن بقضائه؛ لأن فعل المرتهن لما كان مضافًا إلى الراهن كان مضمونًا عليه؛ كأنه فعل بنفسه، فيصير للزيادة حصة من الدين، فينظر إلى قيمة الزيادة، فإن كان فيها خمسه، كان فيها ثلث الدين، وفي الشاة ثلثاه، فإذا هلكت الشاه ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث، وعلى الراهن قضاؤه؛ وكذلك لو استهلكه أجنبيٌّ بإذن الراهن والمرتهن، فالجواب فيه وفي المرتهن إذا استهلكه بإذن الراهن سواءٌ وقد ذكرناه.

ولو استهلكه الراهن بإذن المرتهن، لا شيء عليه؛ لأن الضمان لو وجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه، لأنه ملكه وقد أبطل المرتهن حق نفسه بالإذن/ فلا يستحق الضمان، وجعل كأن الزيادة هلكت بآفة سماوية، وبقيت الشاة رهنًا بجميع الدين، وإن كان المرهون من بني آدم فجنىٰ عليه، فجملة الكلام في جنايات الرهن أنها ثلاثة أقسام: جناية غير الرهن على الرهن، وجناية الرهن على غير الرهن، وجناية الرهن على الرهن.

---

(١) في أ: و.
(٢) في ط: قيمتها.

أما جنايةُ غير الراهن على الرهن: فلا يخلو إما إن كانت الجناية في النفس، وإما إن كانت فيما دون النفس، وكل ذلك لا يخلو إما إن كان عمدًا أو خطأ أو في معنى الخطأ، والجاني لا يخلو إما إن كان حُرًا أو عبدًا، فإن كانت في النفس عمدًا والجاني حُرٌّ، فللراهن أن يقتص إذا اجتمعا على الاقتصاص في قول أبي حنيفة، وقال محمدٌ: ليس له الاقتصاص، وإن اجتمعا عليه، وعن أبي يوسف روايتان؛ كذا ذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ الاختلافَ.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه لا قصاص على قاتله، وإن اجتمع عليه الراهن والمرتهن/ ولم يذكر الخلاف. ٣/ ١٥

وَجْهُ قول محمد أن استيفاء القصاص لا بد له من وليٍّ، والولي هنا غير معلوم؛ لأن ملك العين والرقبة للراهن، وملك اليد والحبس للمرتهن، فكان العبد مضافًا إلى الراهن من وجه، وإلى المرتهن من وجهٍ فصار الولي مشتبهًا مجهولاً، وجهالةُ الولي تمنع استيفاء القصاص؛ كعبد المكاتب إذا قتل عمدًا أنه لا يقتص من قاتله، وَإن اجتمع عليه المولى والمكاتب لما قلنا؛ كذا هذا؛ بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا قتل عمدًا أن لهما الاقتصاص إذا اجتمعا عليه؛ لأن هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة؛ لثبوت الملك لكلِّ واحد منهما في النصف من كل وجْهٍ، فكان الولي معلومًا، فأمكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة؛ لاستوائهما في الملك.

وجه قول أبي حنيفة أن الملك للراهن من كل وجه، وَإنما للمرتهن حق الحبس فقط، والملك سبب لثبوت الولاية، فكان الولي معلومًا، وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية الاستيفاء على رضا المرتهن، إلاَّ أنه توقف لتعلق حقه به، فإذا رضي فقد زال المانع، بخلاف عبد المكاتب؛ لأن الملك فيه للمولى من وجه، وللمكاتب من وجهٍ، فلم يكن الملك فيه ثابتًا للمولى مطلقًا، ولا للمكاتب مطلقًا، فأشبه الولي، فامتنع الاستيفاء، وإذا اقتص القاتل سقط الدين؛ لأن العبد إنما كان رهنًا من حيث إنه مالٌ، وقد بطلت ماليته بالقتل لا إلى بدل؛ إذ القصاص لا يصلح بدلاً عن المالية، فسقط القصاص؛ كما لو هلك بنفسه.

هذا إذا اجتمعا على القصاص، فأما إذا اختلفا لا يقتص القاتل؛ لأنه لا سبيلَ إلى إثبات الاقتصاص للمرتهن؛ لعدم ملك الرقبة، ولا للراهن لأن في استيفائه إبطال حق المرتهن، وهو الدين من غير رضاه، وهذا لا يجوز، وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين، وكانت القيمة رهنًا.

ولو اختلفا فأبطل القاضي القصاص، ثم قضى الراهن الدين، فلا قصاص؛ لأن حق المرتهن وَإن بطل بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص، فلا يحتمل العود، وَإن كانت الجناية خطأ أو شبه عمد، فعلى عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين؛ يقبضها المرتهن

فتكون رهناً؛ لأن العبد وَإن كان مضمونًا من حيث إنه آدمي لا من حيث إنه مالٌ على أصل أصحابنا ـ رحمهم الله ـ، حتى لا تزاد ديته على دية الحر، ولكنه مرهونٌ من حيث إنه مالٌ، لا من حيث إنه آدمي، فجاز أن تقوم قيمته مقامه، وتكون رهنًا عند المرتهن.

ثم إن كان الرهن[1] مؤجلاً كانت في يده إلى حِلِّ الأجل، وَإذا حل فإن كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها، وَإن بقي فيها فضلٌ ردَّه على الراهن، وَإن كانت أقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها بالفضل، أي: يرجع بالبقية على الراهن، وَإن كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده إلى وقت الفكاك، وَإن كان الدين حالاً فالحكم فيه وفيما إذا كان مؤجلاً فَحَلَّ ـ سواءٌ، وقد بينَّاه، وتعتبر قيمة العبد في ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك، وفي ضمان الرهن يوم القبض؛ لأن ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك، وضمان الرهن يجب بالقبض، فيعتبر حال وجود السبب، حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفًا، فانتقصت قيمته، فتراجعت إلى خمسمائة، فقتل، غرم القاتل [قيمته][2] خمسمائة، وسقط من الدين خمسمائة، وَإذا غرم خمسمائة بالاستهلاك، كانت هذه الدراهم رهنًا بمثلها من الدين، ويسقط الباقي من الدين، لأنه يصير مستوفيًا كل الدين بها، ولا يجوز استيفاء أكثر من خمسمائة بخمسمائة، لما فيه من الربا، وهذا بخلاف ما إذا قتله عبدٌ أقل قيمة منه فدفع به؛ لأن الدفع لا يؤدي إلى الربا؛ لأنه لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد.

ألا ترى أنه لو باعه جاز وَإن كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا؛ وكذلك لو قتله المرتهن يغرم قيمته، والحكم فيه وفي الأجنبي سواء، وقد ذكرناه، ولو قتله الراهن فهذا وما إذا كان الرهن من غير بني آدم سواءٌ، وقد ذكرناه فيما تقدم.

٣/٢١٦أ هذا إذا كان الجاني حُرًا، أما إذا كان عبدًا أو/ أمةً يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالفداء بقيمة المقتول، فإن اختار الدفع، فإن كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر، فالمدفوع رهن بجميع الدين، ويجبر الراهن على الافتكاك بلا خلافٍ، وإن كانت قيمته أقل من قيمة المقتول؛ بأن كانت قيمة المقتول ألفًا، والدين ألف، وقيمة المدفوع مائة، فهو رهن بجميع الدين أيضًا، ويجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين؛ كما كان يجبر على افتكاك العبد المقتول لو كان حَيًا بجميع الدين، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: إن لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول، فالراهن بالخيار: إن شاء

---

(١) في أ: الدين.

(٢) سقط في ط.

افتكه بجميع الدين، وَإن شاء تركه للمرتهن بدينه، فمحمدٌ مَرَّ على أصله في الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتكاك، وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنه لما دفع الثاني بالأول قام مقام الأول لحمًا ودمًا، والأول كان رهنًا بجميع الدين، وكان يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين؛ فكذا الثاني.

وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم، فقتله عبد يساوي مائة درهم، فدفع به، فهو على الاختلاف.

هذا إذا كان اختار مولى القاتل الدفع، فأما إذا اختار الفداء، فإنه يفديه بقيمة المقتول، وكانت القيمة رهنًا عند المرتهن.

ثم ينظر إن كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها، وَإن كانت من خلاف الجنس حبسها رهنًا حتى يستوفي في جميع دينه، ويجبر الراهن على الافتكاك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يخير الراهن بين الافتكاك بجميع الدين وبين الترك للمرتهن بالدين، وقد مرتِ المسألةُ.

هذا إذا كانت الجناية في النفس، فأما إذا كانت فيما دون النفس، فإن كان الجاني حُرًا يجب أرشه في ماله لا على عاقلته، سواء كانت الجناية خطأ أو عمدًا.

أما الوجوب في ماله؛ فلأن العاقلة لا تعقل فيما دون النفس، وأما التسوية بين الخطأ والعمد؛ فلأن القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما دون النفس، فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الأرش، فكان الأرش رهنًا مع العبد؛ لأنه بدل جزء مرهون، وَإن كان الجاني عبدًا يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء بأرش الجناية، فإن اختار الفداء بالأرش كان الأرش مع المجني عليه رهنًا، وَإن اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنًا، والخصومة في ذلك كله إلى المرتهن؛ لأن حق الحبس له، والجاني فوت الحبس عن بعض أجزاء الرهن، فله أن يقيم بدل الفائت فيقيمه مقامه رهنًا.

هذا الذي ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن؛ وأما حكم جناية الرهن على غير الرهن؛ فجنايته لا تخلو إما إن كانت على بني آدم، وَإما إن كانت على غير بني آدم من سائر الأموال، فإن كانت على بني آدم، فلا تخلو إما إن كانت عمدًا، وَإما أن كانت خطأ أو في معناه، فإن كانت عمدًا يقتص منه كما إذا لم تكن رهنًا؛ لأن ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص؛ ألا تَرى أنه لا يمنع إذا لم يكن رهنًا، وإذا لم يكن الملك مانعًا فحق المرتهن أَوْلَى؛ لأنه دون الملك، سواء قتل أجنبيًا أو الراهن أو المرتهن؛ لأن القصاص ضمان الدم، ولا حق للمولى في دمه، بل هو أجنبي عنه، وكذا للمرتهن من طريق الأولى؛ إذ الثابت له

الحق، والحق دون الملك، فصارت جنايته على الراهن والمرتهن في حق القصاص، وجنايته على الأجنبي سواء، وإذا قتل قصاصًا سقط الدين؛ لأن هلاكه حصل في ضمان المرتهن، فسقط دينه؛ كما إذا هلك بنفسه.

هَذَا إذا كانت جنايته عمدًا، فأما إذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ، فإن كانت شبه عمد أو كانت عمدًا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه؛ بأن كان صبيًا أو مجنونًا، أو كانت جنايته فيما دون النفس، فإنه يدفع أو يفدي؛ لأن هذه الجنايات من العبيد والإماء توجب الدفع أو الفداء، ثم ينظر إن كان العبد كله مضمونًا بأن كانت قيمته مثل الدين أو دونه؛ نحو أن تكون قيمة العبد ألفًا والدين/ ألفًا، أو كان الدين ألفًا وقيمة العبد خمسمائة، يخاطب المرتهن أولاً بالفداء؛ لأنه بالفداء يستبقي حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجناية من غير أن يسقط حق المرتهن.

٣/٢١٦ب

ولو بدىء بالراهن وخوطب بالدفع أو الفداء على ما مر حكم الشرع، فربما يختار الدفع، فيبطل حق المرتهن ويسقط دينه، فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالفداء أَوْلَىٰ، وَإذا فداه بالأرش فقد استخلصه واستصفاه عن الجناية، وصار كأنه لم يجن أصلاً، فيبقى رهنًا كما كان، ولا يرجع بشيء مما فدى على الراهن؛ لأنه فدى ملك الغير بغير إذنه، فكان متبرعًا فيه، فلا يملك الرجوع؛ كما لو فداه أجنبيٌّ؛ ولأنه بالفداء أصلح الرهن باختياره، واستبقى حق نفسه، فكان عاملاً لنفسه بالفداء، فلا يرجع على غيره، وليس له أن يدفع لأن الدفع تمليك الرقبة، وهو لا يملك رقبته.

وَإنْ أبى المرتهن[1] أن يفدي، يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء؛ لأن الأصل في الخطاب هو الراهن؛ لأن الملك له، وَإنما يبدأ[2] بالمرتهن بخطاب الفداء؛ صيانةً لحقه، فإذا أبى عَادَ الأمر إلى الأصل، فإن اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين، أما بطلان الرهن فلأن العبد زال عن ملكه بالدفع إلى خلف، فخرج عن كونه رهنًا، وأما سقوط الدين، فلأن استحقاق الزوال حصل بمعنى في ضمان المرتهن، فصار كأنه هلك في يده؛ وكذلك إن اختار الفداء؛ لأنه صار قاضيًا بما فدى المرتهن؛ لأن الفداء على المرتهن لحصول الجناية في ضمانه، إلا أنه لما أبى الفداء والراهن محتاج إلى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك إلا بالفداء، فكان مضطرًا في الفداء، فلم يكن متبرعًا، فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى، وله على الراهن مثله، فيصير قصاصًا به.

(١) في ط: الراهن.
(٢) في أ: يطالب.

وَإذا صار قاضيًا دين المرتهن مما فدى، ينظر إلى ما فدى، وإلى قدر قيمة العبد، وإلى الدين، فإن كان الفداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر، سقط الدين كله، وَإن كان الفداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر، سقط من الدين بقدر الفداء، وحبس العبد رهنًا بالباقي، وَإن كان الفداء قدر الدين أو أكثر، وقيمةُ العبد أقل من الدين، يسقط من الدين قدر قيمة العبد، ولا يسقط أكثر منها؛ لأنه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته؛ فكذا عند الفداء.

وإن كان العبد بعضه مضمونًا والبعض أمانة بأن كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفًا فالفداء عليهما جميعًا لأن نصفه مضمون ونصفه أمانة، فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن، وفداء نصف الأمانة على الراهن، فيخاطبان جميعًا بالدفع أو بالفداء، والمعنى من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع، لا فعل الدفع؛ لأن فعل الدفع ليس إليه.

ثم إذا خوطب بذلك [لا يخلو][1] إما إن اجتمعا على الدفع، وَإما إن اجتمعا على الفداء، وأما إن اختلفا، فاختار أحدهما الدفع والآخر الفداء، ، والحال لا يخلو إما أن يكونا حاضرين، وإما إن كان أحدهما غائبًا، فإن كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعا، فقد سقط دين المرتهن؛ لأن الدفع بمنزلة الهلاك، وَإن اجتمعا على الفداء فدى كلُّ واحد منهما بنصف الأرش، وإذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية ويكون رهنًا كما كان، وكان كل واحد منهما متبرعًا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى؛ لأن كل واحد منهما أدى ما عليه، فكان مؤديًا عن نفسه لا عن صاحبه، وَإن اختلفا فأراد أحدهما الفداء والآخر الدفع، فأيهما اختار الفداء فاختياره أولى.

أما المرتهن؛ فلأنه بالفداء يستبقي حق نفسه، ولا يسقط حق الراهن، والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن، فكان اختيار المرتهن أَوْلَىٰ.

وَأمَّا الراهن؛ فلأنه يستبقي ملك الرقبة بالفداء والمرتهن باختيار الدفع يريد إسقاط دينه وإبطال ملك الراهن، فلم يكن له في اختيار الدفع نفعٌ، بل كان سَفَهًا محضًا وتعنتًا باردًا، فلا يلتفت إليه، فكان للراهن أن يفدي، ثم أيهما اختار الفداء فدى العبد بجميع الأرش، ولا يملك الآخر دفعه، ثم ينظر إن كان الذي اختار الدفع هو المرتهن ففدى بجميع الأرش، بقي العبد رهنًا كما كان؛ لأنه طهرت رقبته عن الجناية بالفداء، فصار كأنه لم يجن، ويرجع المرتهن على الراهن بدينه، وَهَلْ/ يرجع عليه بحصةِ الأمانة؟ ذكر الكرخي فيه روايتين: في /٣/٢١٧ رواية: لا يرجع بل يكون متبرعًا، وفي رواية: يَرْجع وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه لا يرجع إلا بدينه خاصَّة، ولم يذكر اختلاف الرواية.

---

(١) سقط في ط.

وجه الرواية الأولى أنه التزم الفداء باختياره، مع قدرته على أن لا يلتزم؛ لأنه لو لم يلتزم لخوطب الراهن، فكان متبرعًا فيه، فلا يملك الرجوع.

وجه الرواية الأخرى أن المرتهن يحتاج إلى إصلاح قدر المضمون منه، ولا يمكنه ذلك إلاَّ بإصلاح قدر الأمانة، فكان مضطرًا، فلم يكن متبرعًا، وإن كان الذي اختار الفداء هو الراهن ففداه بجميع الأرش، لا يكون متبرعًا، بل يكون قاضيًا بنصف الفداء دين المرتهن، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل كل الدين، سقط الدين كله، وَإن كان أقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن، ويحبسه رهنًا به.

هذا إذا كَانَا حاضرين، فأما إذا كان أحدهما حاضراً، فليس له ولاية الدفع أيهما كان، سواء كان هو المرتهن أو الراهن.

أما المرتهن؛ فلا شك فيه؛ لأنه لا ملك له في العبد أصلاً والدفعُ تمليكٌ، فلا يتصور بدون الملك.

وأما الراهن؛ فلأن الدفع إسقاط حق المرتهن، وله ولاية الفداء بجميع الأرش، فإن كان الحاضر هو المرتهن ففداه بجميع الأرش، لا يكون متبرعًا في نصف الفداء عند أبي حنيفة، وله أن يرجع على الراهن بدينه وبنصف الفداء، لكنه يحبس العبد رهنًا بالدين، وليس له أن يحبسه رهنًا بنصف الفداء بعد قضاء الدين، وعند أبي يوسف ومحمدٍ: [إن] كان المرتهن متبرعًا في نصف الفداء، فلا يرجع على الراهن إلا بدينه خَاصَّةً، كما لو فداه بحضرةِ الراهن، فهما سَوَّيا بين الغيبة والحضرة، وجعلاه متبرعًا في الحالين جميعًا، وأبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ فرق بين حال الحضرة والغيبة، فجعله متبرعًا في الحضرة لا في الغيبة.

وإن كان الحاضرُ هو الراهن، ففداه بجميع الأرش، لا يكون متبرعًا في نصف الفداء بالإجماع، بل يكون قاضيًا بنصف الفداء دين المرتهن؛ كما لو فداه الراهن بحضرة المرتهن.

وجه قولهما إن المرتهن فدى ملك الغير بغير إذنه، فكان متبرعًا؛ كما لو فداه أجنبيٌّ؛ . ولهذا كان متبرعًا في حالة الحضرة كما في الغيبة.

ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أنه في حال الحضرة التزم الفداء باختياره مع إمكان خطاب الراهن، فكان متبرعًا، والخطابُ لا يمكن حَالَةَ للغيبةِ، وهو محتاجٌ إلى إصلاح قدر المضمون، ولا يمكنه ذلك إلاَّ بإصلاح قدر الأمانة، فكان مضطرًا، فلم يكن متبرعًا.

هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن، فأما حكم جناية ولد الرهن؛ بأن قتل إنسانًا خطأً، فحكمه أنه لا فداء على المرتهن، ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء.

أما عدم وجوب الفداء على المرتهن؛ فلأن خطابه بفداء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول الجناية من الرهن في ضمانه، ولم يوجد في الولد؛ لأنه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شيء.

وأما خطاب المولى بالدفع أو الفداء؛ فلأن الملك له؛ فإن دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شيء من الدين.

أما خروجه عن الرهن؛ فلزوال ملك الراهن عنه، فيخرج عن الرهن كما لو هلك.

وأما عدم سقوط شيءٍ من الدين فلأن الولد غير مضمون بالهلاك؛ بخلاف الأم، وَإن فدى فهو رهن مع أنه على حَالِهِ، فإن اختار الراهن الدفع، فقال له المرتهن: أنا أفدي، فله ذلك؛ لأن الولد مرهونٌ، وإن لم يكن مضمونًا؛ ألا ترى أن الحكم الأصلي للرهن ثابتٌ فيه وهو حق الحبس، فكان الفداء منه إصلاحًا للرهن، فكان له ذلك.

هذا إذا جنى الرهن على أجنبي، فأما إذا جنى على الراهن أو على المرتهن، أما جنايته على نفس الراهن[1]، جناية موجبة للمال أو على ماله، فَهَدَرٌ؛ لأن العبد ملكه، والمولى لا يجب له على عبده دين؛ بخلاف جناية العبد المغصوب على المغصوب منه، أو على ماله على أصل أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنها معتبرةٌ؛ لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت الغصب، فتبين أن تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه.

وأما جنايتُهُ على نفس المرتهن فَهَدرٌ عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد معتبرةٌ يدفع أو يفدي إن رضي به المرتهن، ويبطل الدين، وَإن قال المرتهن: لا أطلب الجناية لما في الدفع أو الفداء من سقوط حقي، فله ذلك، وبطلت الجناية، والعبد، رهن على حاله؛ هكذا أطلق الكرخي.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» وفصل فقال: إن كان العبد كله مضمونًا بالدين فهو على الاختلاف، وَإن كان بعضه مضمونًا وبعضه أمانة، فجنايته معتبرة بالاتفاق، فيقال للراهن: إن شئت فادفع، وإن شئت فَافْدِهِ، فإن دفعه وقبل المرتهن، بطل الدين كله، وصار العبد كله للراهن، وإن اختار الفداء فنصف الفداء على الراهن، ونصفه على المرتهن، فما كان حصة المرتهن يبطل، وما كان حصة الراهن يفدي، والعبد رهن على حاله، واختلافُهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم في جنايته عند الغصب على الغاصب؛ أنها هدر عند أبي حنيفة، وعندهما مُعْتَبَرَةٌ.

---

(١) في ط: المرتهن.

٣/٢١٧ب وجه قولهما إن هذه/ جناية وردت على غير المالك، فكانت معتبرة كما إذا وردت على أجنبي، وهذا لأن الأصل في الجنايات اعتبارها، وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة، وهنا في اعتبار[1] هذه الجناية فائدة؛ لأن موجبها الدفع، وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبد، وَإن كان فيه سقوط دينه.

ولأبي حنيفة أن هذه الجناية وَرَدَتْ على غير المالك، لكنها وجدت في ضمان المرتهن، فورودها على غير المالك إن كان يقتضي أن تكون معتبرة، فوجودها في ضمان المرتهن يقتضي أن لا تعتبر؛ لأنها توجب الفداء عليه، وذلك غير ممكنٍ لما فيه من إيجاب الضمان عليه له، وأنه محال، فوقع الشك، والاحتمال في اعتبارها، فلا تعتبر.

هذا إذا جنى على نفس المرتهن، فأما إذا جنى على ماله، فإن كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضلٌ، فجنايته هَدَرٌ بالإجماع؛ لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجناية، إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتهن ليملكه، بل تعلق الدين برقبته، فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه، فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فائدة، فلا تعتبر.

وإن كانت قيمته أكثر من الدين، فعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ روايتان: في رواية تعتبر الجناية في قدر الأمانة، وفي رواية لا يثبت حكم الجناية أصلاً، وجه الرواية الأولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن، وقدر الأمانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه، فأمكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلزم اعتبارها.

وجه الرواية الأخرى أنَّ ذلك القدر وَإن لم يكن مضمونًا فهو في حكم المضمون؛ لثبوت حكم الرهن فيه؛ وهو الحبس، فيمنع الاعتبار.

وأما جناية الرهن على ابن الراهن، أو على ابن المرتهن، فلا شك أنها معتبرة؛ لأن المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكًا له، وفي حق المرتهن كونه في ضمانه، ولم يوجد شيء من ذلك هنا، فكانت جنايته عليه وعلى الأجنبي سَوَاءً.

هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن، فأما حكم جناية ولد الرهن بأن قتل إنسانًا خطأً فحكمه ألا يجب شيئًا على المرتهن، ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء في ضمانه، وأما وجوب الفداء على المرتهن فلأن خطابه بالفداء مع أنه ليس أنه ملكه؛ لحصول الجناية من الرهن في ضمانه، ولم يوجد من الولد؛ لأنه ليس بمضمون

ألاَ تَرَىٰ لو هلك يهلك بغير شيء، وأما خطاب المولى بالدفع أو الفداء؛ فلأن الملك

(١) في أ: اختيار.

له، فإن دفعه خرج الولد عن الرهن، ولم يسقط شيء من الدَّين، أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك ملك الراهن عنه، فيخرج عن الرهن كما لو هلك، وأما عدم سقوط شيء من الدَّين غير مضمون بالهلاك؛ بخلاف الأم ولو فدى فهو رهن مع الأم على حاله، فإن اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن: أنا أفدي، فله ذلك؛ لأن الولد مرهون، وإن لم يكن مضمونًا.

ألا ترى أن الحكم الأصلي للرهن ثابتٌ فيه، وهو حق الحبس، فكان الفداء منه إصلاحًا للرهن، فكان له والله أعلم.[1]

هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بني آدم وأما حكم جنايته على سائر الأموال؛ بأن استهلك ما لا تستغرق رقبته، فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء، وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه، إلا إذا قضى الراهن أو المرتهن دينه، فإذا قضاه أحدهما فالحُكْمُ فيه والحكم فيما ذكر من الفداء من جنايته على بني آدم ـ سَواءٌ، وهو أنه إن قضى المرتهن الدين بقي دينه وبقي العبد رهنًا على حاله؛ لأنه بالفداء استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه، فيبقى العبد رهنًا بدينه؛ كما كان لو فداه عن الجناية، وإن أبى المرتهن أن يقضي، وقضاه الراهن، بطل دين المرتهن؛ لما ذكرنا في الفداء من الجناية، فإن امتنعا عن قضاء دينه، يباع العبد بالدين، ويُقْضَىٰ دَيْنُ الغريم من ثمنه؛ لأن دين العبد مقدم على حق المرتهن.

ألا ترى أنه مُقَدَّمٌ على حق المولى، فعلى حق المرتهن أَوْلَى؛ لأنه دونه، ثم إذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه، فثمنه لا يخلو إما إن يكون فيه وفاء بدين الغريم، وَإما إن لم يكن فيه وَفَاءٌ به، فإن كان فيه وفاء بدينه، فدينه لا يخلو إما أن يكون مثل دين / المرتهن، وإما أن يكون أكثر منه، وَإما أن يكون أقل منه، فإن كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله؛ لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد في ضمان المرتهن، فصار كأنه هلك، وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن؛ لأنه بدل ملكه لا حق لأحدٍ فيه، فيكون له خاصة، وَإن كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره، وما فضل من ثمن العبد يكون رهنًا عند المرتهن بما بقي لأنه لا دين فيه، فيبقى رهنًا. ٢١٨/٣أ

ثم إن كان الدين قد حَلَّ أخذه بدينه إن كان من جنس حقه، وَإن كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفي حقه، وَإن كان الدين لم يحل أمسكه بما بقي من دينه إلى أن يحل.

هذا إذا كان العبد مضمونًا بالدين، فأما إذا كان نصفه مضمونًا ونصفه أمانةً، لا يصرف

---

(١) سقط في ط.

الفاضل كله إلى المرتهن، بل يصرف نصفه إلى المرتهن ونصفه إلى الراهن؛ لأن قدر الأمانة لا دين فيه، فيصرف ذلك إلى الراهن؛ وكذلك إن كان قدر المضمون منه والأمانة على التفاضل يصرف الفضل إليهما على قدر تفاوت المضمون. والأمانة في ذلك؛ لما قلنا.

وإنْ لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم، أخذ الغريم ثمنه، وما بقي من دينه يتأخر إلى ما بعد العتاق، ولا يرجع به على أحد، لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد؛ إنما وجد منه، وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها، فإذا لم تف رقبته بالدين، يتأخر ما بقي إلى ما بعد العتق، وإذا أعتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى على أحدٍ؛ لأنه وجب عليه بفعله، فلا يرجع على غيره.

وكذلك حكم جناية ولد الرهن على سائر الأموال، وحكم جناية الأم سواء في أنه يتعلق الدين برقبته؛ كما في الأم، إلا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم؛ لأن سبب وجوب الدين لم يوجد في ضمان المرتهن، ولأن الولد ليس بمضمون بخلاف الأم، بل يخاطب الراهن بين أن يبيع الولد بالدين وبين أن يستخلفه[1] بقضاء الدين، فإن قضى الدين بقي الولد رهنًا كما كان، وَإن بيع بالدين لا يسقط شيءٌ من دين المرتهن؛ لأنه ليس بمضمون بخلاف الأم.

هذا الذي ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن، وحكم جناية الرهن على غير الرهن، أما حكم جناية الرهن على الرهن، فنقول وبالله التوفيق:

جنايةُ الرهن على الرهن نوعان: جنايةٌ على الرهن نفسه، وجناية على جنسه؛ أما جنايته على نفسه فهي والهلاك بآفة سماوية سَواءٌ، ثم ينظر إن كان العبد كله مضمونًا، سقط من الدين بقدر النقصان، وإن كان بعضه مضمونًا وبعضه أمانةً سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون، لا من الأمانة.

وأما جناية الرهن على نفسه فعلى ضربين أيضًا: جناية بني آدم على جنسه، وجناية البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها.

أما جناية بني آدم على جنسه؛ بأن كان الرهن عبدين فجنى أحدُهما على صاحبه[2]، فالعبدان لا يخلو إما إن كانا رهنًا في صفقة واحدة، وإما إن كَانَا رَهْنًا في صفقتين، فإن كانا رهنًا في صفقة واحدة فجنى أحدُهما على صاحبه، فجنايتُهُ لا تخلو مِنْ أربعة أقسام.

جناية المشغول على المشغول، وجناية المشغول على الفارغ، وجنايةُ الفارغ على الفارغ، وجنايةُ الفارغ على المشغول.

---

(١) في أ: يستخلصه.

(٢) في أ: الآخر.

والكلُّ هَدَرٌ إلا واحدة وهي جناية الفارغ على المشغول فإنها معتبرةٌ، ويتحول ما في المشغول من الدين إلى الفارغ، ويكون رهنًا مكانه.

أما جناية المشغول على المشغول؛ فلأنها لو اعتبرت إمَّا أن تعتبر لحق المولى، أعني: الراهن، وإما أن تعتبر لحق المرتهن، والاعتبار لحق الرهن لا سبيل إليه في الفصول كلها؛ لأن كل واحد منهما ملكه، وجناية المملوك على المملوك ساقطةُ الاعتبار لحق المالك؛ لأن اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه، أو الفداء له، وإيجاب شيء على الإنسان لنفسه ممتنعٌ؛ ولهذا لا يجب للمولى على عبده دينٌ، ولا سبيل إلى اعتبار جناية المشغول على المشغول لحق المرتهن؛ لأن الاعتبار لحقه يحول ما في المجني عليه من الدين إلى الجاني، والجاني مشغولٌ بدين نفسه، والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره؛ وكذلك جناية المشغول على الفارغ؛ لما قلنا.

وأما جنايةُ الفارغ على الفارغ؛ /فلأنه لا دين للفارغ ليتحول إلى الجاني، فلا يفيد ٣/٢١٨ب اعتبارها في حقه.

وأما جناية الفارغ على المشغول، فممكن الاعتبار لحقه[1] يتحول ما فيه من الدين إلى الفارغ.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا كان الدين ألفين، والرهن عبدين يساوي كلُّ واحد منهما ألفًا، فقتل أحدُهما صاحبه، أو جنى عليه جناية فيما دون النفس مما قل أرشها أو كثر، فجنايته هَدَرٌ، ويسقط الدين الذي كان في المجني عليه بقدره، ولا يتحول قدر ما سقط إلى الجاني؛ لأن كل واحد منهما مشغول كله بالدين، وجناية المشغول على المشغول هَدَرٌ، فجعل كأن المجني عليه هلك بآفة سماوية.

ولو كان الدين ألفًا فقتل أحدهما صاحبه، فلا دفع ولا فداء، وكان القاتل رهنًا بسبعمائة وخمسين؛ لأن في كل واحد منهما من الدين خمسمائة، فكان نصف كل واحد منهما فارغًا ونصفه مشغولاً، فإذا قتل أحدهما صاحبه، فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول، والنصف الفارغ من المجني عليه، وجناية قدر المشغول على المشغول، وقدر المشغول على الفارغ، وقدر الفارغ على الفارغ ـ هَدَرٌ لما بينا، فيسقط ما كان فيه شيء من الدين، ولا يتحول إلى الجاني، وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرةٌ، فيتحول قدر ما كان فيه إلى الجاني، وذلك مائتان وخمسون، وقد كان في الجاني خمسماية فيبقى رهنًا بسبعمائة وخمسين.

---

(١) في ط: لحق.

ولو فَقَأَ أحدهما عين صاحبه، تحول نصف ما كان من الدين في العين إلى الباقي، فيصير الباقي رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين، وبقي المفقوء عينه رهنًا بمائتين وخمسين؛ لأن العبد الفاقئ جنى على نصف العبد الآخر؛ لأن العين من الآدمي نصفه، إلاَّ أنَّ ذلك النصف نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغٌ من الدين، والفاقئ جنى على النصف المشغول والفارغ جميعًا، والفاقئ نصفه مشغول ونصفه فارغ، إلا أن جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ، وجناية الفارغ على قدر الفارغ والمشغول، فقدر جناية الفارغ، على قدر المشغول معتبرةٌ، فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين إلى الفاقئ؛ وذلك مائة وخمسة وعشرون، وقد كان في الفاقئ خمسمائة، فيصير الفاقئ رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين، ويبقى المفقوء عينه رهنًا بمائتين وخمسين؛ لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف، والله عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وإن كان العبدان رهنًا في صفقتين، فإنْ كان فيهما فضل على الدين؛ بأن كان الدين ألفًا وقدر كلٍّ واحد منهما ألفًا، فقتل أحدهما الآخر، تعتبر الجناية رهنًا؛ بخلافِ الفصلِ الأولِ؛ لأن الصفقةَ إذا تفرقت صارت بمنزلةِ ما لو رهن كل واحد منهما رجلاً على حدة، فجنى أحدهما على الآخر، وهناك يثبت حكم الجناية؛ كذا ههنا؛ بخلاف ما إذا اتحدت الصفقة.

وإذا اعتبرت الجناية هنا يخير الراهن والمرتهن، فإن شاءا جعلا القاتل مكان المقتول، فيبطل ما كان في المقتول[1] من الدين، وإن شاءا فَدَيَا القاتل بقيمة المقتول، ويكون رهنًا مكان المقتول، والقاتل رهن على حاله.

وإنْ لم يكن فيهما فضلٌ على الدين؛ بأن كان الدين ألفين، وقيمةُ كل واحد منهما ألفاً، فقتل أحدهما الآخر، فإن دفعاه في الجنايةَ قَام المدفوع مقام المقتولِ، ويبطل الدين الذي كان في القاتل، وإن قَالاَ نفدي، فالفداء كلُّه على المرتهن؛ بخلاف الفصلِ الأولِ؛ لأن هناك كل واحدٍ منهما ليس بمضمون كله، بل بعضه، وهنا كل واحد منهما مضمونٌ كلهُ، فإذا حل الدين دفع الراهن ألفًا، وأخذ عبده، وكانت الألف الأخرى قصاصًا بهذه الألف إذا كان مثله.

ولو فَقَأَ أحدهما عين الآخر، قيل لهما: ادفعاه أوِ افدياه، فإن دفعاه بطل ما كان فيه من الدين، وَإن فدياه كان الفداء عليهما نصفين، وكان الفداء رهنًا مع المفقوء عينه؛ لأن الجناية معتبرةٌ؛ لما ذكرنا، فصار كعبد الرهن إذا جنى على عبدٍ أجنبيٍّ.

فإن قال المرتهن: أنا لا أفدي، ولكني أدع الرهن على حاله، فله ذلك، وكان الفاقئ

---

(١) في ط: القاتل.

رهنًا مكانه على حاله، وقد ذهب نصف ما كان في المفقوء من الدين؛ لأن اعتبار الجناية إنما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن، فإذا رضي المرتهن بهدر الجناية، صارَ هَدَرًا.

وَإن/ قال الراهن: أنا أفدي، وقال المرتهن: لا أفدي، كان للراهن أن يفديه، وهذا إذا طلب المرتهن حكم الجناية؛ لأنه إذا طلب حكم الجناية، فحكمُها التخيير/ وَإن أبى الراهن الفداء، وقال المرتهن: أنا أفدي، والراهن حاضرٌ أو غائب، فهو على ما بينا في العبد الواحدِ. ٣/٢١٩أ

وأما جناية البهيمة على جنسها فهي هدرٌ، لما روي عن النبي ﷺ ـ؛ أنه قال: «جُرْحُ العَجْمَاءِ جُبَارٌ»[1] أي: هدر، والعجماءُ: البهيمةُ، والجناية إذا هدرت سقط اعتبارها، وصار الهلاك بها، والهلاك بآفة سماوية سواء؛ وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هَدَرٌ؛ لعموم الحديث، وأما جناية بني آدم عليها، فحكمها وحكم جنايته على سائر الأمراء سواء، وقد بينا ذلك.

فصل

في بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونًا

وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونًا ويبطل به عقد الرهن، وما لا يخرج ولا يبطل، فنقول وبالله التوفيق.

يخرج المرهون عن كونه مرهونًا ويبطل الرهن بالإقالة؛ لأنها فسخ العقد ونقضه، والشيء لا يبقى مع ما ينقضه إلا أنه لا يبطله بنفس الإقالة من العاقدين، ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الإقالة، حتى كان للمرتهن حبسه بعد الإقالة؛ لأن العقد لا ينعقد في [حق][2] الحكم بدون القبض، فلا يتم فسخه بدون فسخِهِ أيضًا، وفسخه بالرد.

وعلى هذا يخرج ما إذا رهن عبدًا يساوي الفًا بألف، فقبضه المرتهنُ ثم جاء الراهن بجارية، وقال للمرتهن: خذها مكان الأولى، ورد العبد إليّ، لا شك أن هذا جائزٌ؛ لأن هذا إقالة العقد في الأول، وإنشاء العقد في الثاني، وهما يملكان ذلك، إلا أنه لا يخرج الأول عن ضمان الرهن، إلا بالرد على الراهن، حتى لو هلك في يده قبل الرد يهلك بالدين؛ لما ذكرنا، أن القبض في هذا الباب يجري مجرى الركن، حيث[3] لا يثبت الضمان بدونه، فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض؛ وكذا لا يدخل الثاني في الضمان إلا برد الأول؛ حتى لو هلك الثاني في يده قبل ردِّ الأول يهلك أمانةً؛ لأن الراهن لم يرض برهنهما[4] على الجميع، وَإنما رضي برهن

(١) تقدم.
(٢) سقط في ط.
(٣) في ط: حتى.
(٤) في ط: برهنيتهما.

أحدهما؛ حيث رهن الثاني وطلب رد الأول، والأول كان مضمونًا بالقبض، فما لم يخرج عن كونه مضمونًا بنقض[1] القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان، ولو هلكا جميعًا في يد المرتهن، فسقط الدين بهلاك العبد، وهلكت الجارية بغير شيء؛ لأنها أمانة، هلكت في يده، فتهلك هلاك الأمانات.

ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية، خرج [العبد][2] عن الضمان؛ لأنه خرج عن كونه مرهونًا، وصارت الجارية مضمونة، حتى لو هلكت تهلك بالدين؛ لأنه رَهَنَهَا بالدين الذي كان العبد مرهوناً به، والعبد كان مضموناً بذلك الدين، فكذا الجارية؛ فإن كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف، وقيمة الجارية ألف فهلكت، تهلك بالألف، لأنه رهن الجارية بعقد على حدة، فكانت رهنًا ابتداءً، إلا أن شرط كونه مضمونًا رد الأول؛ لأنه لم يرض برهنهما جميعًا، إلا أن يكون الثاني بدل الأول، بل هو مقصود بنفسه في كونه رهنًا، فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الأول.

ولو كان العبد يساوي ألفًا والجاريةُ تساوي خمسمائة، فرد العبد على الراهن وقبض الجارية، فهي رهن بالألف، ولكنها إن هلكت تهلك بخمسمائة؛ لما ذكرنا أن الثاني أصلٌ بنفسه؛ لكونه مرهونًا بعقد على حدة، فيعتبر في الضمان قدر قيمته، ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتهن بعد ما استوفى دينه، فعليه رد ما استوفى، ويخرج بالإبراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة ـ رحمهم الله ـ ويبطل الرهن؛ خلافًا لزفر، والمسألة قد مرت في مواضع أخر من هذ الكتاب، ولا يخرج بالإعارة ويخرج بالإجارة؛ بأن أجره الراهن من أجنبي بإذن المرتهن، أو المرتهن بإذن الراهن، أو استأجره المرتهن، ويبطل الرهن، وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم.

ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة إذا فعل أحدهما بإذن صاحبه، ويخرج بالبيع؛ بأن باعه الراهن أو المرتهن بإذن الراهن، أو باعه العدل؛ لأن ملك المرهون قد زال بالبيع، ولكن لا يبطل الرهن؛ لأنه زال إلى خلف؛ وهو الثمن، فبقي العقد عليه.

٣/٢١٩ب وكذا في كل موضع خرج وأحدث[3] بدلاً، ويخرج الإعتاق إذا/ كان المعتق موسرًا بالاتفاق، وَإن كان معسرًا فكذلك عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ لا يخرج؛ بناءً على أن الإعتاق نافذ عندنا، وعنده لا ينفذ.

---

(١) في ط: ببعض.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: واختلف.

وجه قوله إن هذا إعتاق تضمن إبطال حق المرتهن، ولا شك أنه تضمن إبطال حقه؛ لأن حقه متعلقٌ بالرهن ويبطل بالإعتاق، وعصمة حقه تمنع من الإبطال؛ ولهذا لا ينفذ البيع؛ كذا الإعتاق؛ بخلاف ما إذا كان الراهن موسرًا؛ لأن هناك لم يوجد الإبطال؛ لأنه يمكنه الوصول إلى دينه للحال من جهة الراهن.

ولنا: أن إعتاقه صادف منوقوفًا هو مملوكه رقبة، فينفذ؛ كإعتاقه الآبق والمستأجر، ودلالة الوصف ظاهرة؛ لأن المرهون مملوك للراهن عينًا، ورقبةً، إن لم يكن مملوكًا يدًا وحبسًا، وملك الرقبة يكفي لنفاذ الإعتاق؛ كما في إعتاق العبد المستأجر والآبق.

وقوله: يبطل حق المرتهن، قلنا: نعم؛ لكن ضرورة بطلان ملك الراهن، وذا لا يمنع النفاذ كما في موضع الإجماع، مع ما أن النابت للراهن حقيقة الملك، والنابت للمرتهن حق الحبس، ولا شك أن اعتبار الحقيقة أولى؛ لأنها أقوى؛ بخلاف البيع؛ لأن نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعًا؛ لأن القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه، ولم يوجد في المرهون؛ لأنه في يد المرتهن، فإذا نفذ إعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهونًا؛ لأنه صار حُرًا من كل وجهٍ، والحر من وجه - وهو المدبر - لا يصلح للرهن، فالحر من كل وجه أَوْلَى؛ ولهذا لم يصلح رهنًا في حالة الابتداء، فكذا في حالة البقاء.

ثم ينظر إن كان الراهن موسرًا والدين حال؛ يجبر الراهن على قضائه؛ لأنه لا معنى لإيجاب الضمان؛ وكذلك إن كان الدين مؤجلاً وقد حلَّ الأجل، وإن كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتهن رهنًا[1] مكانه، ولا سعاية على العبد.

أما وجوب الضمان على الراهن؛ فلأنه أبطل على المرتهن حقه حَقًّا قويًا هو في معنى الملك، أو هو ملكه من وجه؛ لصيرورته مستوفيًا دينه من ماليته من وجه، فجاز أن يكون مضمونًا بالإتلاف، وأما كونه رهنًا؛ فلأنه بدل العبد، وفي الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه، وإذا حلَّ الأجلُ ينظر: إن كانت القيمة من جنس الدين يستوفي منها دينه، فإن كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن، وَإن كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن، وإن كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفي دينه.

وَأمَّا عدم وجوب السعاية على العبد؛ فلأنه لم يوجد منه سبب[2] وجوب الضمان وهو الإتلاف؛ لأن الإتلاف وجد من الراهن لا من العبد، ومؤاخذةُ الإنسان بالضمان من غير مباشرة سبب منه خلافُ الأصل؛ وكذلك لو كان الراهن موسرًا وقت الإعتاق ثم أعسر بعد

---

(١) في ط: رضا.

(٢) في ط: بسبب.

ذلك؛ لأن العبرة لوقت الإعتاق؛ لأنه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان، وَإن كان معسرًا فللمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن إن شاء، وَإن شاء استسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين، ويعتبر في العبد أيضًا أقل قيمته وقت الرهن ووقت الإعتاق، ويسعى في الأقل منهما ومن الدين، حتى لو كان الدين ألفين وقيمة العبد وقت الرهن ألفًا، فازدادت قيمته في يد المرتهن حتى صارت تساوي ألفين، ثم أعتقه الراهن وهو معسرٌ، سعى العبد في ألف قدر قيمته وقت الرهن، ولو انتقصت قيمته حتى صَارَ يساوي خمسمائة، سعى في خمسمائة؛ قدر قيمته وقت الإعتاق.

أما اختيار الرجوع على الراهن؛ فلأنه أبطل حقه بالإعتاق، وأما ولاية استسعاء العبد فلأن بالرهن صارت مالية هذا العبد مملوكة للمرتهن من وجه؛ لأنه صار مستوفيًا لدينه من ماليته، فإذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسةً عند العبد؛ فوصلت إلى البعد بالإتلاف مالية مشغولة بحق المرتهن، فكان للمرتهن أن يستخرجَهَا منه، ولا يمكنه ذلك إلا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه؛ بخلاف حالة اليسار؛ لأن الدين في الحقيقة على الراهن، وإنما العبد جعل محلاً لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء/ من الراهن؛ على ما هو موضوع ٣/ ٢٢٠أ الرهن في الشرع أن الراهن يؤمر بقضاء الدين، وعند التعذر يستوفي من الرهن كما قبل الإعتاق والتعذر عند إعسار الراهن، لا عند يساره، فيسعى في حال الإعسار لا في حال اليسار، وبخلاف العبد المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري وهو مفلس [أنه][1] لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن، وَإن كان محبوسًا قبل التسليم بالثمن؛ كالمرهون محبوس بالدين؛ لأن العبد بنفس البيع خَرَج عن ملك البائع من كل وجهٍ، فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد، وإنما للبائع مجرد حق الحبس، فإذا خرج عن محلية الحبس بالإعتاق بَطَل حق الحبس أصلاً، وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن، فحسب، أما ههنا فبخلافه.

وأما السعايةُ في الأقل من قيمته ومن الدين، فلما ذكرنا أن الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجهٍ محتبسة عند العبد[2]، فتقدر السعاية بقدر الاحتباس، ثم إذا سعى العبد يَرْجِعُ بما سعى على الراهن، لأنه قضى دين الراهن من خالص ملكِهِ على وجه الاضطرار؛ لأن الشرع أوجب عليه السعاية، والقاضي ألزمه، ومن قضى دين غيره مضطرًا من مال نفسه، لا يكون متبرعًا، ويرجع عليه؛ كالوارث إذا قضى دين الميت من مال نفسه؛ أنه يرجع على التركة كذا هذا، فإن بقي بعد السعاية شيء من الدين، رجع المرتهن بذلك على الراهن.

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: العقد.

ولو نقض العبد في السعر قبل الإعتاق [ثم أعتقه][١] بأن كان الدين ألفًا وقيمة العبد وقت الرهن ألفًا، فنقص في السعر حتى عادت قيمته إلى خمسمائة، ثم أعتقه الراهن وهو معسرٌ، سعى في قدر قيمته وقتَ الإعتاق؛ وهو خمسمائة، فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى؛ لأنه لم يصل إليه من حقه ألاَّ قدر خمسمائة، فله أن يرجع عليه بالباقي، ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبد يساوي مائة درهم، فدفع مكانه، فأعتقه الراهن وهو معسرٌ، يسعى في قيمته مائة درهم، ويرجع بذلك على الراهن، ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة [درهم][٢]؛ لأنه لما دفع به فقد قام مقام الأول لحمًا ودمًا، فصار رهنًا بجميع المال، كان الأول قائم وتراجع سعره إلى مائة، فأعتقه الراهن وهو معسرٌ، ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الإعتاق مائة درهم، ويرجع بذلك على الراهن؛ وكان للمرتهن أن يرجع ببقية دينه على الراهن؛ كذا هذا.

ولو كان الرهن جارية تساوي ألفًا بألف، فولدت ولدًا يساوي ألفًا، فأعتقها المولى وهو معسرٌ، سَعَيَا في ألف؛ لأن الضمان فيهما ألف.

ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان، فدفع بها، ثم أعتقه المولى، سعى في ألف درهم؛ لأنه كان مضمونًا بهذا القدر؛ لقيامه مقام ـ المقتولة لحمًا ودمًا، وهي كانت مضمونة بهذا القدر؛ كذا هذا.

ولو قال المولى لعبده: رهنتكَ عند فلانٍ، وكذبه العبد، ثم أعتقه المولى وهو معسرٌ، فالقولُ قولُ المولى، ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم.

وقال زفر ـ رحمه الله: القولُ قول العبد ولا سعاية عليه.

وجه قوله إن المولى بهذا الإقرار يريد إلزام السعاية على العبد، وقوله في إلزام السعاية عليه غَيْرُ مقبولٍ؛ كما لو أقر عليه بذلك بعد الإعتاق.

ولنا: أنه أقر بما يملك إنشاءه عليه للحال، لثبوت الولاية له عليه للحال، لوجود سبب الولاية وهو الملك، فيصح، ولا يلتفت إلى تكذيب العبد بخلاف ما بعد الإعتاق؛ لأنه هناك أقر بما لا يملك للحال إنشاءه، لزوال ملك الولاية بالإعتاق، هذا إذا أعتقه، فأما إذا دَبَّرَهُ فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهنًا أما جواز التدبير؛ فلأنه يقف على قيام ملك الرقبة؛ لجواز الإعتاق، وملكُ الرقبة قائمٌ بعد الرهن.

وَإما خروجه عن الرهن؛ فلأن المدبر لا يصلح رهنًا؛ لأن كون المرهون مالاً مطلقًا

(١) سقط في ط. (٢) سقط في ط.

شرط جواز الرهن؛ على ما بينا فيما تقدم، وبالتدبير خَرَجَ من أن يكون مالاً مطلقًا، فيخرج عن كونه رهنًا؛ ولهذا لم يصلح رهنًا ابتداءً؛ فكذا في حالة البقاء.

٣/٢٢٠ب وهل يسعى للمرتهن؟ لا/ خلاف في أن الراهن إذا كان معسرًا يسعى، وأما إذا كان موسرًا؛ ذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ أنه يسعى، وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه لا يسعى، وسوى بين الرهن[1] وبين الإعتاق، وهو أن الدين إن كان حالاً أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن، وَإن كان مؤجلاً أخذ قيمة العبد من الراهن، ويكون رهنًا مكانه؛ كما في الإعتاق.

وَجْهُ ما ذكره الكرخي أن الدين على المولى، وكسب المدبر ملك المولى؛ لأنه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى، فكانت سعاية مال المولى، فكان صرف السعاية إلى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى، فيستوي فيه حال الإعسار واليسار؛ بخلاف كسب المعتق؛ لأنه كسب الحر من كل وجهٍ، وكسب الحرِّ من كل وجهٍ ملكُهُ؛ فكانت السعاية ملكه، والأصل أن لا يؤمر الإنسان بقضاءِ دين غيرِهِ من مال نفسه إلا عند العجز عنِ القضاء بنفسه، فيتقيد بحال العجز، وهي حالة الإعسار.

وجه ما ذكره القاضي أن السعاية وإن كانت ملك المولى لكن لا صنع للعبد في [اكتساب سبب] [2] وجوبها؛ إذ لا صنع له في التدبير، بل هو فعل المولى، ومهما أمكن إيجاب الضمان على مَنْ وجد منه مباشرة سبب[3] وجوبه، كان أَوْلَىٰ من إيجابه على من لا صنع فيه أصلاً ورأساً، فإذا كان المولى معسرًا، كان الإمكان ثابتًا، فلا معنى لإيجاب السعاية على العبد، ثم إذا سعى في حالة الإعسار يسعى في جميع الدين، بالغًا ما بلغ؛ لأن السعايةَ مال المولى، فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى، فكان له أن يستوفيه بتمامه، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً؛ لما قلنا.

وقيل: إن كان الدين حالاً فكذلك، فأما إذا كان مؤجلاً فلا يسعى، إلا في قدر قيمته، ويكون رهنًا مكانه؛ وهكذا ذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي».

وَوَجْهُ الفرقِ على هذا القول إن الدين إذا كان حَالاً كان واجبَ القضاءِ للحال على سبيل التضييق، وهذا مال المولى، فيقضي منه دينه على الكمال، وَإذا كان مؤجلاً لا يجب قضاؤه للحال أصلاً[4]، ولا يجب على سبيل التضييق، إلا أن الراهن بالتدبير فَوَّتَ حق المرتهن، فتجب إعادة حقه إليه بعوض يقوم مقامه؛ جبرًا للفائت، فيتقدر الجائز بقدر الفائت، فيستسعيه

---

(١) في ط: المرتهن.
(٢) في ط: الكتابة بسبب.
(٣) في ط: بسبب.
(٤) في أ: أو.

بقدر قيمتِهِ، ويكون رهنًا مكانه، ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن؛ بخلاف المعتق، فوقع الفرق بين التدبير والإعتاق في موضعين:

أحدهما: أن المدبر يسعى في جميع الدين، بالغًا ما بلغ، ولا ينظر إلى القيمة، والمعتق يسعى في الأقل من قيمته ومن الدين.

والثاني: أن المدبر لا يَرْجع بما يسعى على المولى، والمعتق يَرْجِعُ، والفرق بينهما يرجع إلى حرف واحدٍ، وهو أن سعاية المدبر ملك مولاه؛ لكون المدبر ملكه؛ إذ الفائت بالتدبير ليس إلا منفعة البيع، فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى، فله أن يستوفيه على التمام والكمال، ولا يرجع بما يسعى على المولى؛ لأنه قضى دين المولى من مال المولى، فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق؛ لأن سعاية ملكه على الخصوص؛ لأنه حُرٌّ خالص، إلا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده، وهو مال، فتتقدر السعاية بقدر الاحتباس، ويرجع بالسعاية على المولى إذا كان معسرًا؛ لأنه قضى دينًا واجبًا عليه من مال نفسه [مضطرًا، فيملك][1]الرجوع في الشرع؛ على ما بينا؛ بخلاف المدبر، والله أعلم.

وعلى ما ذكره الكرخي ـ رحمه الله يقع الفرق بينهما في موضع ثالثٍ أيضًا؛ وهو أن المدبر يسعى مع إيسار المولى، والمعتق لا يسعى مع إيساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم.

هذا إذا أعتق أو دبر، فأما إذا استولد؛ بأن كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن، فادعاه الراهن، فدعواه لا يخلو إما إن كانت قبل وضع الحمل، وَإما إن كانت بعده، فإن كانت قبل وضع الحمل صَحَّتْ دعوتُهُ، ويثبت نسب الولد منه، وصارت الجارية أم ولد له، وخرجت عن الرهن.

أما صحة الدعوة؛ فلأن الجارية ملكه من كل وجه، والملك من وجه يكفي لصحة الدعوة، فالملك من كل وجه أَوْلَى، وثبوت النسب حكم صحة الدعوة/ ، وصيرورة الجارية أم ٢١/٣ ولد له حكم ثبوت النسب، وخروج الجاريةِ عن الرهن حكم الاستيلاد، وهو صيرورتها أم ولد له؛ لأن أم الولد لا تصلح للرهن.

ألا ترى أنها لا تصلح رهنًا ابتداءً؛ فكذا في حال البقاء، ولا سعاية على الولد؛ لأنه صار حُرًّا قبل الولادة، فلم يدخل في الرهن، فلا يثبت حكم الرهن فيه.

وأما الجاريةُ فحكمُهَا حكم العبد المرهون إذا دبره الراهن، وقد بينا ذلك كله، وَإن كانت

---

(١) في أ: على سبيل الاضطرار فهذا يطلق.

الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد، صحت دعوته،وثبت النسب، وصار حُرًّا، وصارت الجارية أم ولد له، وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الأول، إلا أن هنا صار الولد حُرًّا بعد ما دخل في الرهن، وصارتْ له حصةٌ من الرهن، فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما، إلا أن قيمة الجارية تعتبر يوم الرهن، وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة، فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر في جميع الدين، وقد ذكرنا ذلك، وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا، وقد بينا ذلك، إلا أن هناك ينظر إلى ثلاثة أشياء: إلى قيمة العبد وقت الرهن، وإلى قيمتِهِ وَقْتَ الإعتاق وإلى الدين، فيسعى في الأقل من الأشياء الثلاثة، وهنا ينظر فقط إلى قيمة الولد وقت الدعوة، وإلى حصته من الدين، فيسعى في أقلهما إذا كان الراهن معسرًا، ويرجع بما سعى عليه.

فصل في حكم اختلاف الراهن والمرتهن

وأما حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل، فنقول وبالله التوفيق: إذا كان الدين ألف درهم، فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به، فقال الراهن: إنه رهن بخمسمائة، وقال المرتهن: بألفٍ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه؛ لأن المرتهن يدعي على الراهن زيادة ضمان، وهو ينكر، فكان القول قوله، ولو أقاما البينة، فالبينةُ بينةُ المرتهن؛ لأنها تثبت زيادة ضمان.

ولو قال الراهن: رَهَنْتُهُ بجميع الدين الذي لك عليَّ، وهو ألف، والرهن يساوي ألفًا، وقال المرتهن: ارتهنته بخمسمائة، والرهن قائمٌ، فقد روي عن أبي حنيفة أن القولَ قولُ الراهن، ويتحالفان ويترادَّان؛ لأنهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد؛ وهو المرهون به، فأشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن، وهناك يتحالفان ويترادان؛ كذا هنا، فإن هلك الرهن قبل أن يتحالفَا، كان كما قال المرتهن، لأن الراهن يدعي عليه زيادة ضمان، وهو ينكرُ، وَإن اتفقَا على أن الرهن كان بألفٍ، واختلفا في قيمة الجارية، فالقولُ قولُ المرتهن، لأن الراهن يدعي عليه زيادة ضمان، وهو يُنْكِرُ؛ ولهذا كان القولُ قولَ الغاصب في مقدار الضمان؛ فكذا هذا.

ولو أقاما البينةَ، فالبينةُ بينةُ الراهن؛ لأنها تثبت زيادة ضمان؛ وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما، فاختلفا في قيمة الهالك؛ أن القول قولُ المرتهن في قيمة الهالك، والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة؛ لما قلنا؛ وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن، فقال المرتهن: رهنتني هذين الثوبين بألف درهم، وقال الراهن: رهنت أحدهما بعينه، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأنهما اخْتلفا في قدر المعقود عليه، وأنه يوجب التحالف كما في «باب البيع».

ولو أقاما البينةَ، فالبينةُ بينةُ المرتهن؛ هكذا ذكر في الأصل؛ لأنها تثبت زيادة ضمان.

ولو قال الرهن للمرتهن: هَلَكَ الراهنُ في يدك، وقال المرتهن: قبضته من بعد الرهن. فهلك في يَدِكَ، فالقولُ قولُ الراهن؛ لأنهما اتفقًا على دخوله في الضمان، والمرتهن يدعي البراءة، والراهن يُنكر، فكان القولُ قولَهُ، ولو أقاما البينة، فالبينة [بينة الراهن][1] أيضًا لأنها تثبت استيفاء الدين، وبينة المرتهن تنفي ذلك، فالمثبتة أَوْلَىٰ.

ولو قال المرتهنُ: هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه، فالقول قوله؛ لأن الراهن يدعي دخوله في الضمان، وهو ينكر، ولو أقاما البينةَ، فالبينةُ بينة الراهن؛ لأنها تثبت الضمان.

ولو كان الرهن عبدًا فاعورَّ، فاختلفا، فقال الراهن: كانت القيمة يوم الرهن ألفًا، فذهب بالاعورار النصف، خمسمائة، وقال المرتهن: لا/ بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة، وإنما ٣/ ٢٢١ب ازداد بعد ذلك، فإنما ذهب من حقي الربع؛ مائتان وخمسون ـ فالقولُ قولُ الراهن؛ لأنه يستدل بالحال على الماضي، فكان الظاهر شاهدًا له.

وإن أقاما البينةَ، فالبينةُ بينتهُ أيضًا؛ لأنها تثبت زيادة ضمان، فكانت أَوْلَىٰ بالقبول.

ولو كان الدين مائة، والرهن في يد عدل، فباعه، فاختلفا، فقال الراهن: باعه بمائة.

وقال المرتهن: بخمسين ودفع إليَّ، وصدق العدل الراهن، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه؛ لأن المرهون خرج عن كونه مضمونًا بنفسه بخروجه عن كونه رهنًا بالمبيع، وتحول الضمان إلى الثمن، فالراهن يدعي تحول زيادة ضمان، وهو ينكر، فكان القول قولَهُ؛ كما إذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاَكِهِ.

ولو أقاما البينةَ، فالبينةُ بينةُ الراهن؛ لأنها تثبت زيادة ضمان، وبينةُ المرتهن تنفي تلك الزيادة، فالمثبتةُ أَوْلَىٰ؛ لأن اتفاقهما على الرهن اتفاقٌ منهما على الدخول في الضمان، فالمرتهن بدعوى البيع يدعي خروجه عن الضمان، وتحول الضمان إلى الثمن والراهن ينكر، فكان القول قوله مع يمينه.

وكذلك قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: إذا كان الرهن مثل الدين في القيمة، والمرتهن مسلط على بيعه؛ بأن ادعى أنه باعه بمثل الثمن؛ وهو ألف فالقولُ قولهُ وَإن قال: بعتهُ بتسعمائة، لم يُقبل قوله، فصار كأنه ضاع، ولا يرجع على الراهن بالنقصان إلى أن تجيء بينتُهُ، أو يصدقه؛ لما ذكرنا أنه كان مضمونًا فلا يقبل قوله في انتقال الضمان، وكذلك العدلَ

(١) في ط: بينته.

إذا قال: بعت بتسعماية، ولا يعلم إلا بقوله، لم يكن على العدل إلاَّ تسعماية، [ويكون الراهن راهنًا][١] بما فيه، ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة؛ لأنَّ قول العبد مقبول في براءة نفسه، غير مقبول في إسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به، ولا في الرجوع على الراهن.

وذكر في الأصل إذا كان المرتهن مسلطًا على البيع فأقام بينة أنه باعه بتسعمائة[٢] وأقام الراهن بينةِ أنه مات في يد المرتهن، أُخذ ببينة المرتهن.

وقال أبو يوسف يؤخذ ببينة الراهن، وجه قوله إن بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن، فكانت المثبتة أَوْلَىٰ.

وجه رواية الأصلِ أن بينة المرتهن تثبت أمرًا لم يكن، وهو تحول الضمان من العين إلى الثمن، وبينة الراهن تقرر ضمانًا كان ثابتًا قَبْلَ الموت، فكانت المثبتة أَوْلَى، والله تعالى أعلم.

(١) في أ: ويصير الرهن ذاهباً.
(٢) في طـ: بتسعة.

كِتَابُ المُزَارَعَةِ[1]

(١) من صور المزارعة: أن يدفع رب الأرض أرضه وبذره إلى من يعمل فيها بجزء معلوم النسبة مما تنبته على أن يكون البقر والآلات من العامل، مثلها إلا أن البقر والآلات مشروطة فيها على رب الأرض وقد اختلف الفقهاء في هاتين الصورتين.
فمنعهما الإمام أبو حنيفة وزفر وجمهور الشافعية وابن حزم الظاهري وأجازهما أبو يوسف ومحمد والحنابلة.
وأجازهما المالكية أيضاً لكن شرطوا في الأولى أن تتبادل نسبة النصيبين مع نسبة أجرتي الأرض والعمل: كأن تساوي أجرة الأرض مائة والعمل مع البقر، والآلات خمسين فيدخلا على أن لرب الأرض الثلثين وللعامل الثلث، أو تساوي أجرة الأرض مائة والعمل مع البقر والآلات مائة فيدخلا على أن لكل منهما النصف، وشرطوا في الصورة الثانية شرطين.
أولهما: أن تتعادل فيه النصيبين مع النية بين أجرة الأرض والبقر والآلات وبين أجرة العمل.
وثانيهما: أن يعقداها بلفظ الشركة لا بلفظ الإجارة ولا بالإطلاق وإليك أدلة الفريقين.
أ ـ استدل المانعون على ما ذهبوا إليه بما يأتي.
ب ـ ما رواه ابن حزم من حديث ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة، وقال لا بأس بها فهذا الحديث صريح في النهي عن المزارعة، وفي القاموس المزارعة المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، ويكون البذر من مالكها اهـ. ولا شك أن الصورتين اللتين ذكرناهما ينطبق عليهما حد المزارعة المذكور فتكونان غير مشروعتين بهذا النص.
ونوقش بأنه محمول على المزارعة الفاسدة التي كانت يتعاملون بها من اشتراط ما على الماذيانات وإقبال الجداول ونحو ذلك من المعاملات التي ثبت النهي عنها، أو محمول على اجتنابها ندباً واستحباباً، ولا يقال إن الحمل على ما ذكر خلاف الأصل، لأنا نقول إنه لا بد منه للجميع بين الأدلة كما يأتي.
ما رواه الدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن عسب النحل وعن قفيز الطحان.
فهذا الحديث دال على منع استئجار من يطحن الحب بجزء منه مطحوناً ولو معلوماً، لأنه إذا استحق الطحان هذا الجزء مطحوناً كان مستحقاً لطحنه على صاحب الحب مع أن الأمر بطحن الحب يتضمن استحقاق المالك لهذا الطحن على العامل، فيكون العقد متناقضاً لما فيه من استحقاق طحن قدر الأجرة لكل واحد منهما على الآخر.
والمزارعة في معنى ذلك لأن قول صاحب الأرض للعامل ازرع هذا الحب بنصف ما يخرج منه يقتضي أن نصف الخارج أجرة، فيستحق العامل على صاحب الأرض أن يزرعه ليسلمه إياه، مع أن اللفظ يتضمن استحقاق رب الأرض على العامل أن يزرعه فيكون كل منهما مستحقاً على الآخر أن يزرع الجزء المجعول أجرة وهذا تناقض وقد يناقش بأن النهي عن قفير الطحان ليس للتناقض، إذ لا تناقض فيه، فإن العقد=

....

= مقتضاه أن الأجير لا يستحق القفيز إلا بعد الانتهاء من طحن جميع الحب، فالحب كله مملوك لصاحبه، وطحن جميعه مستحق له على العامل، والذي يستحقه العامل إنما هو القفيز المطحون بعد طحنه إياه، فليس هناك استحقاق عمل من كل منهما على الآخر فلا تناقض فالظاهر أن النهي عن قفيز الطحان إنما هو للغرر.

وذلك إنما يكون في شيء من الحب مجهول المقدار، يقال للطحان اطحنه ولك قفيز منه، فإذا أخذ القفيز لم يدر الباقي كم هو ولعله يكون مقداراً لا يستحق عليه القفيز، أو مقداراً يستحق عليه أكثر من القفيز، فيقع الغبن على أحدهما، ويحدث حينئذٍ التنازع لا يقال إنهما قد تراضيا عند العقد والتراضي مانع من التنازع لأنا نقول إن التراضي المبني على الجهالة ليس تراضياً حقيقة ولا يمنع التنازع عند انكشاف الحال.

والمزارعة بصورتيها السابقتين ليست من هذا القبيل أصلاً فإن الأجر فيها قد علمت نسبته، وقد حصل التراضي من المتعاقدين بهذه النسبة وهو تراض حقيقي لأن النسبة لا تتغير بكثرة الحاصل ولا بقلته، فلا غبن من أحدهما للآخر.

ولهذا لو اكترى الأرض بمقدار معلوم بالكيل أو الوزن مما يخرج منها كان فاسداً كقفيز الطحان المنهي عنه.

على أن حديث النهي عن قفيز الطحان إنما روي من طريق هشام أبي كليب. قال ابن القطان لا يعرف، وكذا قال الذهبي، وزاد وحديثه منكراً اهـ.

واستدل المجوزون على ما ذهبوا إليه بما يأتي.

ما رواه الترمذي وصححه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ لم يحرم المزارعة ولكن أمر أن يرفق بعضهم ببعضه فهذا ابن عباس حبر الأمة وعالمها يجزم بأن النبي ﷺ لم يحرم المزارعة، وهو لا يجزم بذلك إلا بعد الاطلاع على مذاهبه ﷺ وأوامره المتعلقة بالمزارعة واستقر لها وقال لا أعلم أن النبي حرم أو لم يبلغني أنه حرم ولم يجزم هذا الجزم الذي يدل على تيقنه ذلك.

ما رواه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة، فإنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها، فقال إن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنها وقال لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً.

فقوله ﷺ خير أفعل تفضيل يقتضي المشاركة والزيادة، فيكون أخذ الخراج المعلوم على الأرض مشاركاً للمنحة في الخيرية، وإن زادت المنحة عنه فيها. وما فيه خير فهو جائز.

والمقصود بأخذ الخراج المعلوم المخابرة بدليل صدر الحديث، والمخابرة أن يزرع على النصف ونحوه كما في القاموس فهي شاملة لما لو كان البذر من العامل أو من المالك كالصورتين اللتين معنا من تأمل في أدلة هذين المذهبين ومناقشاتها لم يسعه إلا اختيار مذهب المجوزين، ومما يدل على قوة هذا المذهب، أن العمل به شريعة متوارثة من لدن عهد النبي ﷺ، قال البخاري في صحيحه ما نصه - باب المزارعة بالشطر ونحوه، وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع، وزارع علي وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود، وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة بن الزبير وآل أبي بكر وآل عمر، وآل علي وابن سيرين، وقال عبد الرحمن بن الأسود كنت أشارك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع، وعامل عمر الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا، وقال الحسن لا بأس أن تكون الأرض لأحدهما، فينفقان جميعاً فما خرج منها فهو بينهما، ورأى ذلك الزهري اهـ.

=

الكلامُ في هذا الكتاب في مواضع: في [بيان][(١)] معنى المزارعة لغةً وشرعًا.

وفي بيان شرعيتها.

وفي بيان ركن المزارعة.

وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قولِ مَنْ يجيز المزارعة والشرائط المفسدة لها.

وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة.

= وهذه الآثار التي علقها البخاري في صحيحه قد أوردها بصيغة الجزم فهي صحيحة غير أنها لما لم تكن على شرطه لم يذكرها موصولة، ولا يشترط في أدلة الفقه أن يستوفي شرط البخاري بل يكفي فيها الصحة بل الحسن، وقد وصلت هذه الآثار في غير صحيح البخاري فوصل بعضها ابن أبي شيبة ووصل بعضها عبد الرزاق، بقي أن يقال إن الشرط الذي اشترطه المالكية في الصورتين وهو أن تعادل نسبة النصيبين ما لكل من المتعاقدين؛ لعلهم قصدوا به الجمع بين أدلة المنع، والجواز، فحملوا أدلة المنع على ما فيه غبن لعدم التعادل، وأدلة الجواز على ما لا غبن فيه لوجود التعادل، لكن يرد عليهم.

أولاً: أنهم أهدروا قيمة البذر الذي يخرجه المالك، ولو اعتبروها لارتفع الغبن كله لا سيما أن هذه المعاملة عندهم من قبيل الشركة ومقتضى الشركة عندهم أن يكون الربح على قدر المالين.

ثانياً: أن الغبن الذي يقع على التراضي لا يجب الاحتراز عنه، فلو كانت أجرة الأرمن مائة، وأجرة العامل مع البقر والآلات مائة ورضيا بالمعاملة على أن يكون لأحدهما ثلث الخارج وللآخر الثلثان فهذه نسبة معلومة عند العقد لا تتغير، والرضا بها رضى حقيقي وهو متضمن للرضا بالغبن والمحاباة، وأي مانع يمنع من ذلك اشتراطهم في الصورة الثانية أن تعقد بلفظ الشركة لا بلفظ الإجارة ولا بالإطلاق مبناه أن الإجارة لا بد فيها من العلم بمقدار الأجرة، ولا علم هنا بمقدارها وإن عِلمت النسبة، فلو عقدت بلفظ الإجارة لكانت إجارةً مختلة الشرط فتكون فاسدة، ولو أطلق العقد لانصرف إلى الإجارة، لأن المالك لما كان منه الأرض والبذر والبقر والآلات ولم يكن من العامل إلا العمل كانت صورتها عند الإطلاق إجارة كإجارة البناء والخياط فتفسد أيضاً، بخلاف ما لو عقدت بلفظ الشركة فإنها تصح، لأن مقتضى الشركة الاشتراك في الربح على قدر المالين.

ويرد على ذلك أيضاً أولاً أنهم العدد والبذر فخالفوا بذلك سنة الشركة. وثانياً أن اشتراط العلم بالأجرة لم يدل الدليل على اختصاصه بالتقدير، فللعلم طريقان التقدير والنسبة.

والمتأمل يرى أن اشتراط أجر معلوم النسبة أعدل من اشتراط أجر معلوم المقدار، ألا ترى أنه قد يستأجر صاحب الأرض عاملاً بدينار ثم يأخذ الحاصل آخر العام ويسقط منه ما أنفقه فيكون الباقي ديناراً أو أقل، وهو مضطر بمقتضى العقد إلى دفع الدينار للعامل فيخسر هو وحده وقد يكون الأمر بالعكس بأن يربح عشرين ديناراً أو أكثر، ولا يعطي العامل سوى دينار واحد فيكون الغنم له وحده مع أن نتيجة العمل والأرض معاً لا نتيجة الأرض وحدها، بخلاف ما لو استأجره بخمس ما يخرج أو بربعه أو بغير ذلك ممّا يتفقان عليه فإن الربح يكون لهما على النسبة التي ارتضياها.

فالذي يظهر أنه لا حاجة إلى التقييد في هذه الصورة بلفظ الشركة لا سيما أن كثيراً من الأحاديث والآثار خلت من هذا اللفظ: ينظر الإجارة لشيخنا عبد الفتاح عبد الرحيم.

(١) سقط في ط.

وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة.

وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة.

وفي بيان الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها.

وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة[١].

أما الأول: فالمزارعة في اللغة مُفَاعلة من الزرع؛ وهو الإنبات، والإنبات المضاف إلى العبد مباشرة فعلٌ أجرىٰ الله ـ سبحانه وتعالى ـ العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وإيجاده، وفي عرف الشرع عبارةٌ عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعًا.

فإن قيل [باب][٢] المزارعة من باب المفاعلة؛ فيقتضي وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما، وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره، بدليل أنه يسمى هو مزارعاً دون رب الأرض والبذر وَمَنْ لا عمل من جهته، فكيف يسمى هذا العقد مزارعة؟

فالجواب عنه من وجهين:

أحدُهما: أن المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل إلا من واحد؛ كالمداواة والمعالجة، [وإن كان][٣] الفعل لا يوجد من الطبيب والمعالج، وقال الله ـ تعالى، عزَّ شأنه: ﴿قَاتَلَهُمُ الله أَنَّىٰ يُؤْفَكُونَ﴾ [التوبة:٣٠] ولا أحد يقصد مقاتلة الله عزَّ شأنُهُ ـ فكذلك المزارعة، جاز أن تكون كذلك.

والثاني: إن كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين؛ لأن المزارعة مفاعلة من الزرع، والزرع هو الإنبات/لغةً وشرعًا، والإنبات المتصور من العبد هو التسبيب لحصول النبات، وفعل التسبيب يوجد من كل واحد منهما، إلاَّ أَنَّ التسبيب من أحدهما بالعمل، ومن الآخر بالتمكين من العمل؛ بإعطاء الآلات والأسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادةً، فكان كل واحد/ منهما مزارعًا حقيقة؛ لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبيب، إلاَّ أنه اختص العامل بهذا الاسم في العرف، ومثل هذا جائز؛ كاسم الدابة ونحوه؛ على ما عرف في «أصول الفقه».

٣/ ٢٢٢أ

---

(١) في أ: وفي حكمه إذا بطل.
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: مع أن.

فصل في بيان شرعية المزارعة

وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها، قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ إنها غير مشروعة، وبه أخذ الشافعي ـ رحمه الله ـ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ ـ رحمهما الله ـ إنها مشروعة.

وجه قولهما ما روي أن رسول الله ﷺ ـ دفع نخل خيبر معاملة وأرضها مزارعة، وأدنى درجات فِعْلِهِ ـ عليه الصلاة والسلام ـ الجواز؛ وكذا هي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير إنكارٍ.

وجه قول أبي حنيفة: أن عقد المزارعة [عقد][1]استئجار ببعض الخارج، وأنه منهيٌّ [عنه][2] بالنص والمعقول.

أما النص: فما روي عن رسول الله ﷺ ـ أنه قال لِرَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ في حَائِطٍ: «لاَ تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ»[3] ورُوِيَ عَنْ رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم: «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ قَفِيزِ الطَّحَانِ»[4] والاستئجار ببعض الخارج في معناه[5] والمنهي غير مشروعٍ.

وأما المعقول: فهو أن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه ـ استئجارٌ ببدلٍ مجهول، وأنه لا يجوز كما في الإجارة، وبه تبين أن حديث «خيبر» محمولٌ على الجزية دون المزارعة؛ صيانة لدلائل الشرعِ عن التناقض، والدليل على أنه لا يمكن حمله على المزارعة؛ أنه عليه الصلاة والسلام ـ قَالَ فيه: «أُقِرُّكُمْ ما أَقَرَّكُمُ الله» ـ وهذا منه عليه الصلاة

---

(١) سقط في ط. (٢) سقط في ط.

(٣) ذكره الهندي في كنز العمال (١٥/٥٣٧) (٤٢٠٧٧) وعزاه إلى عبد الرزاق.

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/٤٧) في كتاب البيوع، حديث (١٩٥).
والبيهقي (٥/٣٣٩) كتاب البيوع، باب: «النهي عن عسب الفحل».
كلاهما من طريق عبيد الله بن موسى قال: ثنا سفيان عن هشام أبي كليب عن ابن أبي نعم البجلي عن أبي سعيد الخدري قال: «نهى عن عسيب الفحل وعن قفيز الطحان».
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٤٠ ـ ١٤٢): وأخرجه أبو يعلى الموصلي في «مسنده» عن ابن المبارك ثنا سفيان به، وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة الدارقطني، وقال فيه: نهى رسول الله ﷺ: هكذا مبنياً للفاعل، كما قاله المصنف. وتعقبه ابن القطان في «كتابه»، وقال: إني تتبعته في «كتاب الدارقطني» من كل الروايات، فلم أجده إلا هكذا: نهى عن عسب الفحل، وقفيز الطحان، مبنياً للمفعول، قال: فإن قيل: لعله يعتقد ما يقوله الصحابي مرفوعاً: قلت: إنما عليه أن ينقل لنا روايته لا رأيه، ولعل من يبلغه يرى غير ما يراه من ذلك، فإنما يقبل فيه فعله لا قوله، انتهى كلامه.

(٥) في أ: قفيز الطحان.

والسلام تجهيلُ المدة، وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلافٍ، بقي ترك الإنكار على التعامل، وذا يحتمل أن يكون للجواز، ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد، فلا يدل على الجواز مع الاحتمال.

فصل في ركن المزارعة

وأما ركن المزارعة ـ فهو الإيجاب والقبول، وهو أن يقول صاحبُ الأرض للعامل: دفعت إليك هذه الأرض مزارعةً بكذا، ويقولُ العامل: قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه، فإذا وجد تَمَّ العقد بينهما.

فصل في شرائط المزارعة

وأما الشرائط فهي في الأصل نوعان: شرائط مصححة للعقد على قول مَنْ يجيز المزارعة، وشرائط مفسدة له.

أما المصححة فأنواعٌ: بعضها يرجع إلى المزارع، وبعضها يرجع إلى الزرع، وبعضُها يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة، وبعضها يرجع إلى [الآلة للمزارعة][1] وبعضها إلى الخارج [من الزرع][2]، وبعضها يرجع إلى المزروع فيه وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة.

أما الذي يرجع إلى المزارع فنوعان: الأول: أن يكون عاقلاً، فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة؛ دفعًا وَأخذًا؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات.

وأما البلوغ: فليس بشرط لجواز المزارعة، حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعًا وأخذًا؛ لأن المزارعة استئجار ببعض الخارج، والصبي المأذون يملك الإجارة لأنها تجارة، فيملك المزارعة؛ وكذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة، فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعًا وأخذًا؛ لما ذكرنا في الصبي المأذون.

والثاني: أن لا يكون مرتدًا؛ على قياس أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ في قياس قول مَنْ أجاز المزارعة، فلا تنفذ مزارعته للحال، بل هي موقوفة، وعندهما هذا ليس بشرطٍ لجواز المزارعة، ومزارعة المرتد نافذة للحال.

---

(١) في أ: الزراعة.

(٢) سقط في ط.

بيان ذلك أنه إذا دفع المرتد أرضًا إلى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع، فعمل الرجل وأخرجت الأرض زرعًا، ثم قتل المرتد، أو مات على الردة، أو لحق بدار الحرب، وقضى بلحاقه بدار الحرب، فهذا على وجهين إما إن دفع الأرض والبذر جميعًا مزارعة، أو دفع الأرض دون البذر، فإن/ دفعهما جميعًا مزارعة، فالخارج كله للمزارع، ولا شيء لورثة المرتد؛ لأن مزارعته كانت موقوفة، فإذا مات أو لحق بدار الحرب تبين أنه لم يصح أصلاً، فصار كأن العامل زرع[1] أرضه ببذر مغصوب، ومن غصب من آخر حبًا، وبذر به أرضه، فأخرجت، كان الخارج له دون صاحب البذر، وعلى العامل مثل ذلك البذر؛ لأنه مغصوب استهلكه وله مثله، فيلزمه مثله. ٣/٢٢٢ب

ثم ينظر إن كانت الأرض نقصتها المزارعة، فعليه ضمان النقصان؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه، فيجب عليه الضمان، وَيَتَصَدَّقُ بما وراء قدر البذر ونقصان الأرض؛ لأنه حصل بسبب خبيث، فكان سبيله التصدق، وَإن كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه، لانعدام الإتلاف، وَإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط، سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد؛ لأنه لما أسلم تبين أن المزارعة وقعت صحيحة، وعند أبي يوسف ومحمد: الخارج على الشرط كيف ما كان؛ لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم، فتكون حصته له، فإن مات أو لحق بدار الحرب، يكون لورثته.

وَإن دفع إليه الأرض دون البذر، فالخارج له أيضًا؛ لأنه لما ظهر أنه لما لم تصح المزارعة، صار كأنه غصب أرضًا وبذرها ببذر نفسه فأخرجت، ولو كان كذلك كان الخارج له؛ كذا هذا، إلاَّ أنه يأخذ من ذلك قدر بذره ونفقته وضمان النقصان إن كانت المزارعة نقصتها، ويتصدق بالفضل؛ لما ذكرنا.

وَإن كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل، ولا يلزمه نقصان الأرض ولا غيره.

وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط.

وجه القياس ما ذكرنا أنه يصير بمنزلة الغاصب، ومن غصب من آخر أرضًا فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها الزراعة، كان الخارج كله له، ولا يلزمه شيءٌ؛ كذا هذا.

وجه الاستحسان أن انعدام صحة تصرف المرتد بعد الموت واللحاق ليس لمكان انعدام أهليته؛ لأن الردة لا تنافي انعدام[2] الأهلية، بل لتعلق حق ورثته بماله؛ لوجود أمارة الاستغناء

(١) في أ: بلدر. (٢) في أ: عماد.

بالردة؛ لأن الظاهر أنه لا يسلم، بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغني عن ماله، فيثبت التعلق نظرًا لهم، ونظرهم هنا في تصحيح التصرف لا في إبطاله؛ ليصل إليهم شيء، فأشبه العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل؛ أنه لا يبطل تصرفه، بل يصحح حتى تجب الأجرة؛ لأن الحكم ببطلان تصرفه لنظر المولى، ونظره ههنا في التصحيح دون الإبطال؛ كذا هذا.

وإذا أسلم المرتد، فالخارج على الشرط، سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها، نقصت الزراعة الأرض أو لم تنقصها؛ كما ذكرنا في الوجه الأول.

وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق؛ لأن تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم.

هَذَا إذا دفع مرتد أرضه مزارعة إلى مسلم، فأما إذا دفع مسلم أرضه مزارعة إلى مرتد، فهذا على وجهين أيضًا: إما إن دفع الأرض والبذر جميعًا، أو دفع الأرض دون البذر، فإن دفعهما جميعًا مزارعة، فعمل المرتد فأخرجت الأرض زرعًا كثيرًا، ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب، فالخارجُ كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلافٍ؛ لأن انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين ردته، بل لتضمنه إبطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله؛ على ما مر، وعملِ المرتد ههنا ليس تصرفًا في ماله، بل على نفسه بإيفاء المنافع[1] ولا حق لورثته في نفسه، فصحتِ المزارعة، فكان الخارج على الشرط المذكور.

وَإن دفع الأرض دون البذر، فعمل المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرعاً، ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول مَنْ أجاز المزارعة أن الخارج كله لورثة المرتد، ولا يجب نقصان الأرض؛ لأن عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال، فلم تنفذ مزارعته، فكان الخارج/ حادثًا على ملكه لكونه نماء ملكه، فكان لورثته. ٣/٢٢٣أ

وفيه إشكالٌ: وهو أن هذا الخارج من أكساب ردته، وكسب الردة فيءٌ عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته؟!

والجواب: أنه حين بذر كان حق الورثة متعلقًا بالبذر؛ لما مر من قبل، فالحاصل منه يحدث على ملكهم، فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الأرض؛ لأن ضمان النقصان يعتمد إتلاف مال الغير بغير إذنه، ولم يوجد؛ إذِ المزارعة حصلت إذن المالك.

وَعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما إذا كان مسلمًا لما ذكرنا، وإن أسلم، فالخارج على الشرط بلا خلافٍ، سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد؛ لما ذكرنا.

(١) في ط: المانع.

هذا إذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم، فأما إذا كانت بين مسلمين ثم ارتدًا أو ارتد أحدُهما، فالخارج على الشرط بلا خلافٍ؛ لأنه لما كان مسلمًا وقت العقد صح التصرف، فاعتراض الردة [عليه][1] بعد ذلك لا تبطله، وأما المرتدة فتصح مزارعتها دفعًا وأخذاً[2] بالإجماع؛ لأن تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة، فتصح المزارعة منها دفعًا وأخذًا، بمنزلة مزارعة المسلمة.

فصل فيما يرجع إلى الزرع

وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوعٌ واحد، وهو أن يكون معلومًا بأن يبين ما يزرع؛ لأن حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان، فرب زرعٍ يزيد في الأرض، ورب زرعٍ ينقصها، وقد يقل النقصان وقد يكثر، فلا بد من البيان ليكونَ لزوم الضرر مضافًا إلى التزامه، إلا إذا قال له: ازرع فيها ما شئت، فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء؛ لأنه لما فوض الأمر إليه فقد رضي بالضرر، إلا أنه لا يملك الغرس؛ لأن الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس.

(فَصْلٌ) وأما الذي يَرْجِعُ إلى المزروع، فهو أن يكون قابلاً لعمل الزراعة؛ وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادةِ؛ لأن ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادةً لا يتحقق فيه عمل الزراعة؛ حتى لو دفع أرضًا فيها زرع قد استحصد مزارعة، لم يجز؛ كذا قالوا لأن الزرع إذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلاً لعمل الزراعة.

فصل فيما يرجع إلى الخارج من الزرع

وأما الذي يَرْجع إلى الخارج من الزرع، فأنواع: منها أن يكون مذكورًا في العقد؛ حتى لو سكت عنه فسد العقد؛ لأن المزارعة استئجار، والسكوت عن ذكر الأجرة يفسد الإجارة.

ومنها: أن يكون لهما؛ حتى لو شرطا أن يكون الخارج لأحدهما يفسد العقد؛ لأنَّ معنى الشركة لازم لهذا العقد، وكل شرط يكون قاطعًا للشركة يكون مفسدًا للعقد.

ومنها: أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج، حتى لو شرطًا أن يكون من غيره لا يصح العقد؛ لأن المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنْفَصِلُ عن الإجارة المطلقةِ.

---

(١) سقط في طـ.

(٢) في طـ: واحداً.

ومنها: أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه؛ لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة؛ ولهذا شرط بيان مقدار الأجرة في الإجارات؛ كذا هذا.

ومنها: أن يكون جزءًا شائعًا من الجملة، حتى لو شرط لأحدهما قفزانًا معلومة[1] لا يصح العقد؛ لأن المزارعة فيها معنى الإجارة، والشركة تنعقد إجارة ثم تتم شركة.

أما معنى الإجارة؛ فلأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، والمزارعة كذلك؛ لأن البذر إن كان من رب الأرض، فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض؛ وهو نماء بذره، وَإن كان البذر من قبل العامل فربُّ الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره، فكانت المزارعة استئجارًا؛ إما للعامل وإما للأرض، لكن ببعض الخارج.

وأما معنى الشركة؛ فلأن الخارج يكون مشتركًا بينهما على الشرط المذكور، وإذا ثبت أن معنى الإجارة والشركة لازم لهذا العقد، فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة؛ لاحتمال أن الأرض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم، ولهذا إذا شرط في المضاربة ٣/٢٢٣ب سهم معلوم من/ الربح لا يصح؛ كذا هذا.

وكذا إذا ذكر[2] جزءًا شائعًا وشرط معه زيادة أقفزة معلومة، أنه لا يصح لما قلنا، وعلى هذا إذا شرط أحدهما البذر لنفسه، وأن يكون الباقي بينهما - لا تصح المزارعة؛ لجواز أن لا تخرج الأرض إلا قدر البذر، فيكون كل الخارج له، فلا يوجد معنى الشركة؛ ولأن هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لا عين البذر؛ لأن عينه تهلك في التراب، وذا لا يصح لما ذكرنا، وهذا بخلاف المضاربة؛ لأن قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط؛ لأن المضاربة تقتضي الشركة في الربح لا في غيره، ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح.

فأما المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج، واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله، فهو الفرق بين الفصلين؛ وكذا إذا شرطًا ما على الماذيانات والسواقي لا يصح العقد؛ لأن ما على الماذيانات والسواقي معلوم، فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد، وقد روي أنهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لأحدهما ما على الماذيانات والسواقي، فَلَمَّا بُعث النبيُّ المكرم - عليه أفضل التحية - أَبْطَلَهُ.

---

(١) في أ: مسماة.

(٢) في أ: شرط.

فصل فيما يرجع إلى المزروع فيه.

وأما الذي يرجع إلى المزروع فيه؛ وهو الأرض فأنواعٌ:

منها: أن تكون صالحة للزراعة، حتى لو كانت سبخة أو نزة لا يجوز العقد؛ لأن المزارعة عقد استئجار، لكن ببعض الخارج، والأرض السبخة والنزة لا تجوز إجارتها، فلا تجوز مزارعتها.

فأما إذا كانت صالحة للزراعة في المدة، لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء، وزمان الشتاء؛ ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة ـ تجوز مزارعتها كما تجوز إجارتها.

ومنها: أن تكون معلومةً، فإن كانت مجهولة لا تصح المزارعة؛ لأنها تؤدي إلى المنازعة، ولو دفع الأرض مزارعه على أن ما يزرع فيها حنطة؛ فكذا وما يزرع فيها شعيرًا فكذا يفسد العقد؛ لأن المزروع فيه مجهول؛ لأن كلمة (من) للتبعيض، فيقع على بعض الأرض، وأنه غير معلومٍ.

وكذا لو قال: على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرًا؛ لأن التنصيص على التبعيض تنصيصٌ على التجهيل.

ولو قال: على أن ما زرعت فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعيرًا فكذا ـ جاز؛ لأنه جعل الأرض كلها ظرفاً لزرع الحنطة أو لزرع الشعير، فانعدم التجهيل، ولو قال: على أن ما زرع[1] فيها بغير كراب، فكذا ذكر في الأصل أنه جائزٌ، وهذا مشكلٌ لأن المزروع فيه من الأرض مجهول، فأشبه ما إذا قال: ما زرع فيها حنطة فكذا، وما زرع فيها شعيرًا فكذا، ومنهم منِ اشتغل بتصحيح جواب الكتاب، والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح.

ولو قال: على أنه إن زرع حنطة فكذا، وَإن زرع شعيرًا فكذا، وَإن زرع سمسمًا فكذا، ولم يذكر منها ـ فهو جائز؛ لانعدام جهالة المزروع فيه، وجهالة الزرع للحال ليس بضائر؛ لأنه فوض الاختيار إليه، فأي ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلاً؛ كما قلنا في الكفارات الثلاث.

ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيرًا، جاز لأنه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيرًا لجاز، فإذا زرع البعض حنطةً والبعض شعيرًا ـ أَوْلَىٰ.

(١) في ط: أن أزرع.

ومنها: أن تكون الأرض مسلمة إلى العامل مخلاةً، وهو أن يوجد من صاحب الأرض التخلية بين الأرض وبين العامل، حتى لو شرط العمل على رب الأرض لا تصح المزارعة، لانعدام التخلية؛ فكذا إذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعًا؛ لما قلنا؛ ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب، لا تصح المضاربة؛ لأنه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد؛ وهو التخلية [فيمنع التخلية] [1] كذا هذا.

وَعَلَىٰ هذا إذا دفع أرضًا وبذرًا وبقرًا على أن يزرع[2] العامل وعبدُ رَبِّ الأرض، وللعامل الثلث ولرب الأرض الثلث ولعبده الثلث، فهو جائز على ما اشترط؛ لأن صاحب الأرض صار مستأجرًا للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه، فصح، وشرط العمل على عبده لا يكون شرطًا على نفسه؛ لأن العبد المأذون له يد نفسه على كسبه، لا يد النيابة عن مولاه، فيصير بمنزلة الأجنبي، فلا/ يمنع تحقيق التخلية، فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه، وَإن كان البذر من العامل لا تصح المزارعة؛ لأنه يصير مستأجرًا للأرض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه، وذا لا يصح؛ على ما نذكر، ويكون الخارج له، وعليه أجر مثل الأرض والبقر والعبد؛ لأن هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما يذكر في موضعه.

٣/ ٢٢٤أ

وكذا لو كان شرط عمل رب الأرض مع ذلك، كان له أيضًا أجر مثل عمله؛ لأن هذا شرط مفسد للعقد، والله أعلم.

فصل فيما يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة

وأما الذي يرجع إلى ما عقد[3] عليه المزارعة، فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصودًا من حيث إنها إجارة أحد أمرين: إما منفعة العامل؛ بأن كان البذر من صاحب الأرض، وإما منفعة الأرض؛ بأن كان البذر من العامل لأن البذر إذا كان من قبل ربِّ الأرض يصير مستأجرا للعامل، وإذا كان من قبل العامل يصير مستأجرًا للأرض، وَإذا اجتمعَا في الاستئجار فسدت المزارعة، فَأما منفعة البقر فإن حصلت تابعة، صحت المزراعة، وَإن جعلت[4] مقصودة فسدت.

فصل في أنواع المزارعة

وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة، فنقول وبالله التوفيق: المزارعة أنواع.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: يعمل.
(٣) في أ: المعقود.
(٤) في أ: حصلت.

منها: أن تكون الأرض والبذر والبقر والآلة من جانب، والعمل من جانب، وهذا جائز؛ لأن صاحب الأرض يصير مستأجرًا للعامل - لا غير - ليعمل له في أرضه ببعض الخارج، الذي هو نماء ملكه؛ وهو البذر.

ومنها: أن تكون الأرض من جانب والباقي كله من جانب، وهذا أيضًا جائز؛ لأن العامل يصير مستأجرًا للأرض - لا غير - ببعض الخارج، الذي هو نماء ملكه وهو البذر.

ومنها: أن تكون الأرض والبذر من جانب، والبقر والآلة والعمل من جانب، فهذا أيضًا جائز؛ لأن هذا استئجار للعامل - لا غير - مقصودًا. فأما البقر[1] فغير مستأجر مقصودًا، ولا يقابله شيءٌ من الأجرة [ولا له قسط من العوض وهو الأجرة][2] بل هي توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل؛ لأنه آلة للعمل، فلا يقابله شيء من العمل، كمن استأجر خياطًا فخاط بإبرة نفسه، جاز، ولا يقابلها شيء من الأجرة؛ ولأنه لما كان تابعًا للمعقود عليه، فكان جاريًا مجرى الصفة للعمل، كان العقد عقدًا على عمل جيد، والأوصاف لا قسط لها من العوض، فأمكن أن تنعقد إجارة، ثم تتم شركة بين منفعة الأرض وبين منفعة العامل.

ومنها: أن تكون الأرض والبقر من جانب، والبذر والعمل من جانب، وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه يجوز.

وَجْهُ قوله إنه لو كان الأرض والبذر من جانب، جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل، فكذا إذا كان الأرض والبقر من جانب يجب أن يجوز، وتجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض.

وجه ظاهر الرواية أن العامل هنا يصير مستأجرًا للأرض والبقر جميعًا مقصودًا ببعض الخارج؛ لأنه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا، لاختلاف جنس المنفعة؛ لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض، فبقيت أصلاً بنفسها، فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلاً ومقصودًا، واستئجار البقر مقصودًا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين:

أحدُهما: ما ذكرنا أنَّ المزارعة تَنْعَقِدُ إجارة، ثم تتم شركة، ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل؛ بخلاف الفصل الأول؛ لأنه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الأرض وَ[بَيْن][3] منفعة العامل.

والثاني: أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفًا للقياس؛ لأن الأجرة معدومة وهي مع

---

(١) في ط: البذر. (٢) سقط في ط.

(٣) سقط في ط.

انعدامها مجهولة، فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه، وذلك فيما إذا كانت الآلة تابعة، فإذا جعلت مقصودة يرد إلى القياس.

ومنها: أن يكون البذر والبقر من جانب، والأرض والعمل من جانب، وهذا لا يجوز أيضًا؛ لأن صاحب البذر يصير مستأجرًا للأرض والعامل جميعًا ببعض الخارج، والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة.

٣/٢٢٤ب ومنها: أن يكون البذر من جانب، والباقي كله من جانب، وهذا لا يجوز أيضاً/ لما قلنا، وروي عن أبي يوسف في هذين الفصلين أيضًا أنه يجوز؛ لأن استئجار كل واحد منهما جائزٌ عند الانفراد؛ فكذا عند الاجتماع.

والجوابُ: ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الانفراد، فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس، وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الأرض مزارعة، ثم يستعير من صاحبها ليعمل له، فيجوز / والخارج يكون بينهما على الشرط.

ومنها: أن يشترك جماعة من أحدهم الأرض ومن الآخر البقر، ومن الآخر البذر، ومن الرابع العمل؛ وهذا لا يجوز أيضًا لما مر، وفي عين هذا ورد الخبر بالفساد؛ فإنه روي أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسولِ الله ﷺ على هذا الوجه، فأبطل [عليهم][1] رسول الله ﷺ مزارعتهم، وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف يَجُوز.

منها: أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما، والبعض من قبل الآخر، وهذا لا يجوز؛ لأن كل واحد منهما يصير مستأجرًا صاحبه في قدر بذره، فيجتمع استئجار الأرض والعمل من جانب واحد، وأنه مفسد.

ومنها: أن تكون الأرض من جانب، والبذر والبقر من جانب، دفع صاحب الأرض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر، على أن ما خرج من شيء فثلثه لصاحب الأرض، وثلثاه لصاحب البذر والبقر، وثلثه لذلك العامل، وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول، فاسد في حق العامل الثاني، ويكون ثلث الخارج لصاحب الأرض، وثلثاه للعامل الأول، وللعامل الثاني أجر مثل عمله، وكان يَنْبَغِي أن تفسد المزارعة في حق الكل؛ لأن صاحب البذر ـ وهو العامل الأول ـ جمع بين استئجار الأرض والعامل، وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد؛ لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة، ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الأرض والعامل الأول، وَإنما كان كذلك لأن العقد فيما بين صاحب

(١) سقط في ط.

الأرض والعامل الأول وَقَعَ استئجارًا للأرض لا غير، وأنه صحيح، وفيما بين العاملين وقع استئجار الأرض والعامل جميعًا، وأنه غير صحيح، ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهتان: جهة الصحة، وجهة الفساد؛ خصوصًا في حق شخصين، فيكون صحيحًا في حق أحدهما، فاسدًا في حق الآخر.

ولو كان البذرُ في هذه المسألة مِن صاحب الأرض، صحت المزارعة في حق الكل؛، والخارج بينهم على الشرط؛ لأن صاحب الأرض[1] في هذه الصورة يعتبر مستأجرًا للعاملين جميعًا، والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة العقد، وَإذا صح العقد كان الخارج على الشرط.

فصل فيما يرجع إلى آلة المزارعة

وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة، فهو أن يكون البقر في العقد تابعًا، فإن جعل مقصودًا في العقد تفسد المزارعة، وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية.

فصل فيما يرجع إلى مدة المزارعة

وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة، فهو أن تكون المدة معلومة، فلا تصح المزارعة إلاَّ بعد بيان المدة؛ لأنها استئجار ببعض الخارج، ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة، وهذا هو القياس في المعاملة؛ أن لا تصح إلاَّ بعد بيان المدة؛ لأنها استئجار العامل ببعض الخارج، فكانت إجارة بمنزلة المزارعة، إلاَّ أنها جازت في الاستحسان؛ لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة، وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة؛ لأن وقت ابتداء المعاملة معلومٌ.

فَأَمّا وقت ابتداء المزارعة فمتفاوت، حتى أنه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة، وهو على أول زرع يخرج؛ كذا ذكر[2] محمد بن سلمة أن بيان المدة في ديارنا ليس بشرطٍ؛ كما في المعاملة.

فصل في الشروط المفسدة للمزارعة

وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواعٌ، وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة،

(١) في أ: البذر.

(٢) في أ: قاله.

منها: شرط كون الخارج لأحدهما؛ لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص[(١)] العقد.

ومنها: شرط العمل على صاحب الأرض؛ لأن ذلك يمنع التسليم، وهو التخلية.

ومنها: شرط البقر عليه؛ لأن فيه جعل منفعة البقر معقودًا عليها مقصودة في باب المزارعة، ولا سبيل إليه.

ومنها: شرط العمل والأرض جميعًا من جانب واحد؛ لأن ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس؛ على ما مر في الفصول المتقدمة.

ومنها: شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة؛ لأنه ليس من عمل المزارعة.

ومنها: شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية؛ لأن الزرع لا يحتاج إليه؛ إذ لا يتعلق به صلاحه، والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وإدراكه وجفافه، مما يرجع إلى إصلاحه من السقي، والحفظ، وقلع الحشاوة، وحفر الأنهار، وتسوية المسناة؛ ونحوها ـ فعلى المزارع؛ لأن ما هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادةً، فكان من توابع المعقود عليه، فكان من عمل المزارعة، فيكون على المزارع، وكل عملٍ يكون بعد تناهي الزرع وإدراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه لخلوص الحب وتنقيته ـ يكون بينهما على شرط الخارج؛ لأنه ليس من عمل المزارعة؛ ولهذا قالوا: لو دفع أرضًا مزارعة وفيها زرع قد استحصد، لا يجوز، لانقضاء وقت عمل المزارعة؛ إذ العمل فيه بعد الإدراك مما لا يفيده، وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل إلى البيت ونحوه مما يحتاج إليه لإحراز المقسوم، فعلى كل واحد منهما في نصيبه؛ لأن ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره.

وروي عن أبي يوسف أنه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بـ«ما وراء النهر» يفتون به أيضًا، وهو اختيار نصير بن يحي، ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان، والجذاذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلافٍ.

أما في ظاهر الرواية فلا يشكل، وأما على رواية أبي يوسف فلانعدام التعامل فيه.

ولو باع الزرع قصيلاً، فاجتمعا على أن يقصلاه، كان القصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب؛ لأنه بمنزلة شرط الحصاد.

ومنها: شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله، [ومن][(٢)] جملته أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن شرطا أن يكون التبن بينهما، وإما إن سكتا عنه، وإما إن شرطا أن يكون

---

(١) في أ: معاني.

(٢) سقط في ط.

لأحدهما دون الآخر، فإن شرطا أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز؛ لأنه شرط مقرر مقتضى[١] العقد؛ لأن الشركة في الخارج من الزرع من معاني هذا العقد؛ على مَا مَرَّ، وَإن سكتا عنه يفسد عند أبي يوسف، وعند محمد لا يفسد، ويكون لصاحب البذر منهما، وذكر الطحاوي أن محمدًا رجع إلى قول أبي يوسف.

وجه قول محمد إن ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط، فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة.

وَجْهُ قول أبي يوسف أن كل واحد منهما، أعني: الحب والتبن، مقصودٌ من العقد، فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب، وذا مفسد بالإجماع؛ فكذا هذا.

وإن شَرَطَا أن يكون لأحدهما دون الآخر، فإن شرطاه لصاحب البذر، جاز ويكون له؛ لأن صاحب البذر يستحقه من غير شرط، لكونه نماء ملكه، فالشرط لا يزيده إلاَّ تأكيدًا.

وإن شرطاه لمن لا بذر[٢] له فسدت المزارعة؛ لأن استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط؛ لأنه نماء ملكه، ونماء ملك الإنسان ملكه، فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله - بمنزلة شرط كون الحب له، وذا مفسد؛ كذا هذا.

ومنها: أن يشترط صاحب الأرض على المزارع عملاً يبقىٰ أَثَرُهُ ومنفعته بعد مدة المزارعة؛ كبناء الحائط، والسرقند، واستحداث حفر النهر، ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعتُه إلى ما بعد انقضاء المدة؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد.

وأما الكراب فلا يخلو في الأصل من وجهين: إما إن شرطاه [في العقد][٣]، وَإما إن سكتا عنه، فإن سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أو لا؟ فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة إن شاء الله تعالى.

وَإن شرطاه في العقد، فلا يخلو أيضًا من وجهين: إما/ إن شرطاه [في العقد] مطلقًا عن صفة التثنية، وَإما إن شرطاه مقيدًا بها، فإن شرطاه مطلقًا عن الصفة، قال بعضهم إنه يفسد العقد؛ لأن أثره يبقى إلى ما بعد المدة، وَقَال عَامَّتُهُمْ: لا يفسد، وهو الصحيح؛ لأن الكراب بدون التثنية مما يبطل السقي على وجه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة، فلم يكن شرطه مفسداً للعقد. ٣/٢٢٥ب

وإن شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة، لأن التثنية إما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين، مرة للزراعة، ومرة بعد الحصاد؛ ليرد الأرض على صاحبها مكروبة، وهذا شرط فاسد لا شك

---

(١) في أ: معنى.
(٢) في أ: لا بذر من قبله.
(٣) سقط في ط.

فيه؛ لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة؛ لأن الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه السنة.

وَإما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة، وأنه عمل يبقى أثره ومنفعته إلى ما بعد المدة، فكان مفسدًا، حتى أنه لو كان في موضع لا يبقى / لا يفسد؛ كذا قال بعض مشايخنا[1]. ولو دفع الأرض مزارعة على أنه إن زرعها بغير كراب فللمزارع الربع، وَإن زرعها بكراب فله الثلث، وَإن كربها وثناها فله النصف ـ فهو جائز على ما شرطا؛ كذا ذكر في الأصل، وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية؛ لأنه شرط مفسد، فينبغي أن يفسدها هذا الشرط، وَإذا عمل يَكون له أجر مثل عمله.

فَأمَّا شرط الكراب وعدمه فصحيحٌ على الشرط المذكور؛ لأنه غير مفسد، وبعضُهم صححوا جواب الكتاب وَفَرَّقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرقٍ لم يتضح.

وفرع في الأصل فقال: ولو زرع بعض الأرض بكراب، وبعضها بغير كراب، وبعضها بثنيان، فهو جائز، والشرط بينهما في كلِّ الأرض نافذ على ما شرطَا؛ كذا ذكر في الأصل، وهذا بناء على الأول؛ لأنه إن شرط التثنية في كل الأرض عند اختياره ذلك، يصح في البعض بالطريق الأولى.

فصل في حكم المزارعة الصحيحة

وأما بيان حُكم المزارعة الصحيحة[2] عند من يجيزها، فنقول وبالله التوفيق: للمزارعة الصحيحة أحكام.

منها: أن كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع إليه لإصلاحه، فعلى المزارع؛ لأن العقد تناوله، وقد بيناه.

ومنها: إن كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين، وقلع الحشاوة؛ ونحو ذلك، فعليهما على قدر حَقِّهما؛ وكذلك الحصاد والحمل إلى البيدر والدياس وتذريته؛ لما ذكرنا أن ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع.

ومنها: أن يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور؛ لأن الشرط قد صح، فيلزم الوفاء به، لقوله عليه الصلاة والسلام ـ: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»

---

(١) في أ: أصحابنا.

(٢) في أ: على قول.

ومنها أنه[1] إذا لم تخرج الأرض شيئًا فلا شيء لواحد منهما، لا أجر العمل ولا أجر الأرض، سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الأرض، بخلاف المزارعة الفاسدة؛ أنه يجب فيها أجر المثل، وَإن لم تخرج الأرض شيئًا.

والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى، وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج، فلا يجب شيء، والواجب في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج، فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة، فهو الفرق.

ومنها: أن هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر، لازم في جانب صاحبه، [حتى][2] لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة، وقال: لا أريد زراعة الأرض ـ له ذلك، سواء كان له عذر أو لم يكن، ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك إلاَّ من عذرٍ، وعقد المعاملة لازم، ليس لواحد منهما أن يمتنع إلا من عذر.

والفرق بين هذه الجملة أن صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد إلاَّ بإتلاف ملكه؛ وهو البذر؛ لأن البذر يهلك في التراب، فلا يكون الشروع فيه ملزمًا في حقه؛ إذِ الإنسان لا يجبر عى إتلاف ملكه، ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات؛ لأنه ليس في لزوم المعنى إياهم إتلاف ملكهم، فكان الشروع في حقهم ملزمًا، ولا ينفسخ إلاَّ من عذر؛ كما في سائر الإجارات، وسواء كان المزارع كرب الأرض أو لم يكربها؛ لأن ما ذكرنا من المعنى لا يوجب/ الفصل بينهما، ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما نذكره في حكم المزارعة ٣/٢٢٦أ المنفسخة، إن شاء الله تعالى.

ومنها: ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها، وهذا على وجهين: إما إن شرطا الكراب في العقد، وَإما إن سكتا عن شرطه، فإن شرطاه يجبر عليه؛ لأنه شرط صحيح، فيجب الوفاء به، وَإن سَكَتَا عنه ينظر: إن كانت الأرض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعًا معتادًا يقصد مثله في عرف الناس، لا يجبر المزارع عليه، وَإن كانت مما لا يخرج أصلاً. أو يخرج ولكن شيئًا قليلاً لا يقصد مثله بالعمل، يجبر على الكراب؛ لأن مطلق عقد المزارعة يَقَعُ على الزراعة المعتادة.

وعلى هذا إذا امتنع المزارع عن السقي، وقال: ادعها حتى تسقيها السماء، فهو على قياس هذا التفصيل؛ أنه إن كان الزرع مما يكتفي بماء السماء ويخرج زرعًا معتادًا بدونه، لا يجبر على السقي، وَإن كان مع السقي أجود، فإن كان مما لا يكتفي به يجبر على السقى، لما قلنا.

---

(١) في ط: أنها.

(٢) سقط في ط.

ومنها: جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والحط عنه وعدم الجواز، والأصل فيه أن كل ما احتمل إنشاء العقد عليه احتمل الزيادة، وما لا فلا، والحط جائز في الحالين جميعًا؛ كما في الزيادة في الثمن في باب البيع.

إذا عرف هذا فنقول: الزيادةُ والحط في المزارعة على وجهين: إما أن يكون من المزارع، وإما أن يكون من صاحب الأرض، وَلاَ يخلو إما أن يكون البذر من قبل المزارع، وإما أن يكون من صاحب الأرض بعد ما استحصد الزرع، أو قبل أن يستحصد، فإن كان من بعد ما استحصد والبذر من قِبَلِ العامل، وكانت المزارعة على النصف مثلاً، فزاد المزارع صاحب الأرض السدس في حصته، وجعل له الثلثين، ورضي به صاحب الأرض ـ لا تجوز الزيادة، والخارج بينهما على الشرط نصفان وَإن زاد صاحب الأرض المزارع السدس في حصته، وتراضيا، فالزيادة جائزة؛ لأن الأول زيادة على الأجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه، وهو المنفعة، وأنه لا يجوز.

ألاَ ترى أنهما لو أنشآ العقد بعد الحصاد لا يجوز؛ فكذلك الزيادة.

والثاني: حط من الأجرة، وأنه لا يستدعي قيام المعقود عليه؛ كما في باب البيع.

هذا إذا كان البذر من قبل العامل، فإن كان من قبل صاحب الأرض فزاد صاحب الأرض، لا يجوز، وَإن زاد المزارع جاز لما قلنا.

هذا إذا زاد أحدهما بعد ما استحصد الزرع، فَإنْ زاد قبل أن يستحصد، جاز أيهما كان؛ لأن الوقت يحتمل إنشاء العقد، فيحتمل الزيادة أيضًا؛ بخلاف الفصل الأول.

فصل في حكم المزارعة الفاسدة

وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواعٌ:

منها: أنه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة؛ لأن وجوبه بالعقد ولم يصح.

ومنها: أن الخارج يكون كله لصاحب البذر، سواء كان رب الأرض أو المزارع؛ لأن استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط؛ لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الأجر الخارج بالشرط؛ وهو العقد، فإذا لم يصح الشرط استحقه صاحب الملك، ولا يلزمه التصدق بشيء؛ لأنه نماء ملكه.

ومنها: أن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض كان للعامل عليه أجر المثل؛ لأن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض، كان هو مستأجراً للعامل، فإذا فسدت الإجارة وجب أجر مثل عمله، وإذا كان البذر من قبل العامل، كان عليه لرب الأرض أجر مثل أرضه؛ لأن البذر

إذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجراً للأرض، فإذا فسدت الإجارة يَجبُ عليه أجر مثل أرضه.

ومنها: أن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض، واستحق الخارج؛ وغرم للعامل أجر مثل عمله ـ فالخارج كله له طيب؛ لأنه حاصل من ملكه؛ وهو البذر في ملكه وهو الأرض، وَإذا كان من قبل العامل واستحق الخارج، وغرم لصاحب الأرض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره/ وقدر أجر مثل الأرض، ويطيب ذلك له؛ لأنه سلم ٣/٢٢٦ب له عوض، ويتصدق بالفضل على ذلك؛ لأنه وَإن ولد من بذره، لكن في أرض غيره بعقد فاسد، فتمكنت فيه شبهة الخبث، فكان سبيلهُ التصدق.

وَمنها: أن أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الأرض؛ لأن المزارعة عقد إجارة، والأجرة في الإجارة الفاسدة لا تجب إلا بحقيقة الاستعمال، ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة؛ إذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعًا، ولم يوجد، بخلاف الإجارة الصحيحة على ما عرف في الإجارات.

ومنها: أن أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة، وَإن لم تخرج الأرض شيئًا بعد أن استعملها المزارع، وفي المزارعة الصحيحة إذ لم تخرج شيئًا لا يجب شيء لواحد منهما، وقد مرَّ الفرقُ فيما تقدم.

ومنها: أن أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدرًا بالمسمى عند أبي يوسف، وعند محمد يجب تامًا، وهذا إذا كانت الأجرة، وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد، فإن لم يكن، يجب أجر المثل تامًا بالإجماع.

وجه قول محمد ـ رحمه الله ـ أن الأصل في الإجارة وجوب أجر المثل؛ لأنها عقد معاوضة، وهو تمليك المنفعة بعوض، ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين؛ وذلك في وجوب أجر المثل؛ لأنه المثل الممكن في الباب؛ إذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة، إلا أن فيه ضرب جهالة، وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد، فلا بد من تسمية البدل تصحيحًا للعقد، فوجب المسمى على قدر قيمة المضاف أيضًا، فإذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه، وجب المصير إلى البدل الأصلي للمنافع، وهو أجر المثل، ولهذا إذا لم يسم البدل أصلاً في العقد وجب أجر المثل، بالغًا ما بلغ.

وجه قول أبي يوسف أن الأصل ما قاله محمد، وهو وجوب أجر المثل بدلاً عن المنافع قيمة لها؛ لأنه هو المثل بالقدر الممكن، لكن مقدرًا بالمسمى؛ لأنه كما يجب اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن، يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن؛ لأن اعتبار

تصرف العاقل واجب ما أمكن، وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى؛ لأن المستأجر ما رضي بالزيادة على المسمى، والآجر ما رضي بالنقصان عنه، فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملاً بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن، فَكَان أَوْلَىٰ، بخلاف مَا إذا لم يكن البدل مسمى في العقد؛ لأن البدل إذا لم يكن مسمى أصلاً لا حاجة إلى اعتبار التسمية، فوجب اعتبار أجر المثل، فهو الفرق.

فصل

وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواعٌ: بعضُها يرجع إلى صاحب الأرض، وبعضها يرجع إلى المزارع.

أما الأول الذي يرجع إلى صاحب الأرض: فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له إلاَّ من ثمن هذه الأرض، تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر إذا أمكن الفسخ؛ بأن كان قبل الزراعة أو بعدها إذا أدرك[1] الزرع وبلغ مبلغ الحصاد؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلاَّ بضرر يلحقه، فلا يلزمه تحمل الضرر، فيبيع القاضي الأرض بدينه أولاً، ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر، وَإن لم يمكن الفسخ، بأن كان الزرع لم يدرك، ولم يبلغ مبلغ الحصاد - لا يباع في الدين، ولا يفسخ إلى أن يدرك الزرع؛ لأن في البيع إبطال حق العامل، وفي الانتظار إلى وقت الإدراك تأخير حق صاحب الدين، وفيه رعاية الجانبين، فَكَان أَوْلَىٰ، ويطلق من الحبس إن كان محبوسًا إلى غاية الإدراك؛ لأن الحبس جزاء الظلم وهو المطل، وأنه غير مماطل قبل الإدراك؛ لكونه ممنوعًا عن بيع الأرض شرعًا، والممنوع معذور، فإذا أدرك الزرع يرد إلى الحبس ثانيًا؛ ليبيع أرضه ويؤدي دينه بنفسه، وَإلاَّ فيبيع القاضي عليه.

وَأمّا الثاني الذي يَرْجع إلى المزارع: فنحو المرض، لأنه معجز عن العمل.

والسفر؛ لأنه يحتاج إليه.

وترك حرفةٍ إلى حرفة؛ لأن من الحرف ما لا يغني من جوع، فيحتاج إلى الانتقال إلى غيره، ومانع يمنعه من العمل على ما عرف[2] في «كتاب/ الإجارة. ٣/٢٢٧أ

فصل فيما ينفسخ به عقد المزارعة

وأما الذي يَنْفَسِخُ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواعٌ:

---

(١) في أ: سَمُنَ.

(٢) في أ: ما مر.

منها: الفسخ وهو نوعان: صريح ودلالة.

فالصريح أن يكون بلفظ الفسخ والإقالة؛ لأن المزارعة مشتملة على الإجارة والشركة، وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والإقالة.

وأما الدلالة فنوعان: الأول امتناع صاحب البذر عن المضي في العقد؛ بأن قال: لا أريد مزارعة الأرض، ينفسخ العقد لما ذكرنا أن العقد غير لازم في حقه، فكان بسبيل من الامتناع عن المضي فيه من غير عذرٍ، ويكون ذلك فسخًا منه دلالة.

والثاني: حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الأرض والبذر مزارعة، وبيان ذلك أن العبد المأذون إذا دفع الأرض والبذر مزارعة، فحجره المولى قبل المزارعة، ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة؛ لأن العقد لم يقع لازمًا من جهة العبد؛ لأنه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر؛ كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر.

ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى، ولا العهد منع المزارع عن المزارعة لأن العقد لازم من قبل صاحب البذر؛ ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر، فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا.

هذا إذا دفع الأرض مزارعة، فأما إذا أخذها مزارعة، فإن كان البذر من قبله، انفسخ العقد، لأنه إذا حجر عليه فقد عجز العمل، وأنه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود عليه.

وإن كان البذر والأرض من قبل صاحب الأرض[1] لا ينفسخ العقد بالحجر؛ لأنه بالحجر لم يعجز عن العمل، إلا أن للمولى منعه عن العمل؛ لما فيه من إتلاف ملكه وهو البذر فله أن يفسخ ما لا ينفسخ بالحجر.

هذا إذا حجر على العبد المأذون، فأما إذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة، أو فسخ العقد بعد الزراعة، أو نهى قبل ذلك، إلا أنه لم يحجر عليه ـ فالنهي باطلٌ؛ وكذلك نهى الأب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده، لا يصح؛ لأن النهي عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الإذن بالتجارة، والإذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص.

ومنها: انقضاء مدة المزارعة؛ لأنها إذا انقضت فقد انتهى العقد، وهو معنى الانفساخ. ومنها: موت صاحب الأرض، سواء مات قبل الزراعة أو بعدها، وسواء أدرك الزرع أو هو بقل؛ لأن العقد أفاد الحكم له دون وارثه؛ لأنه عاقد لنفسه، والأصل أن مَنْ عقد لنفسه بطريق الأصالة، فحكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة.

(١) في ط: البذر.

ومنها: موت المزارع، سواء مات قبل الزراعة أو بعدها، بلغ الزرع حد الحصاد أو لم يبلغ؛ لما ذكرنا.

فصل في حكم المزارعة المنفسخة

وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة، فنقول وبالله التوفيق: لا يخلو من وجهين: إما إن انفسخت قبل الزراعة أو بعدها، فإن انفسخت قبل الزراعة لا شيء للعامل، وَإن كرب الأرض، وحفر الأنهار، وسوى المسنيات بأيِّ طريق انفسخ، سواء انفسخ بصريح الفسخ، أو بدليله، أو بانقضاء المدة، أو بموت أحد المتعاقدين لأن الفسخ يظهر أثره في المستقبل بانتهاء حكمه لا في الماضي، فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحًا، والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج، ولم يوجد، فلا [يجب][1] شيء.

وقيل [إن][2] هذا جواب الحكم، فأما فيما بينه وبين الله - تعالى - عليه أن يرضي العامل فيما إذا امتنع عن المضي في العقد قبل الزراعة، ولا يحل له الامتناع شرعًا؛ فإنه يشبه التعزير، وَأنه حرامٌ.

وإن انفسخت بعد الزراعة، فإن كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد، فالحصاد والخارج بينهما على الشرط، وَإن كان لم يدرك، فكذا الجواب في صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة؛ لأن الزرع بينهما على الشرط، والعمل فيما بقي إلى وقت الحصاد عليهما، وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض.

٣/٢٢٧ب أما الزرعَ بينهما على الشرط فلما مرَّ أن انفساخ العقد يظهر أثره في المستقبل، لا في/ الماضي، فبقي الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ.

وَأمَّا العمل فيما بقي إلى وقت الحصاد عليهما؛ لأنه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما، فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض؛ لأن العقد قد انفسخ، وفي القلع ضرر بالمزارع، وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الأرض؛ فكان الترك بأجر المثل نظراً من الجانبين؛ بخلاف ما إذا مات صاحب الأرض والزرعُ بقلٌ؛ أن العمل يكون على المزارع خاصة؛ لأن هناك انفسخ العقد حقيقة؛ لوجود سبب الفسخ وهو الموت؛ إلاَّ أنا بقيناه تقديرًا؛ دفعًا للضرر عن المزارع؛ لأنه لو انفسخ لثبت لصاحب الأرض حق القلع، وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذراً في بقاء العقد تقديراً؛ فإذا بقي العقد

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.

كان العمل على المزارع خاصة؛ كما كان قبل الموت، وهذا لا يتضح، فإن اتفق أحدهما من غير إذن صاحبه ومن غير أمر القاضي، فهو متطوعٌ، ولو أراد صاحب الأرض أن يأخذ الزرع بقلاً، لم يكن له ذلك؛ لأن فيه ضررًا بالمزارع، ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً، فصاحب الأرض بين خيارات ثلاث: إن شاء قلع الزرع. فيكون بينهما، وَإن شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع، وَإن شاء أنفق هو على الزرع من ماله، ثم يرجع على المزارع بحصته، لأن فيه رعاية الجانبين.

وأما في موت أحد المتعاقدين، أما إذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزارعة ثلاث سنين، ونبت الزرع، وصار بقلاً ـ تترك الأرض في يدي المزارع إلى وقت الحصاد، ويقسم على الشرط المذكور؛ لأن في الترك إلى وقت الحصاد نظرًا من الجانبين، وفي القلع إضرارًا بأحدهما؛ وهو المزارع، ويكون العمل على المزارع خاصّةً لبقاء العقد تقديرًا في هذه السنة في هذه الزرع، وإن مات المزارع والزرع بقلٌ، فقال ورثته: نحن نعمل على شرط المزارعة، وأبى ذلك صاحب الأرض، فالأمر إلى ورثة المزارع؛ لأن في القلع ضررًا بالورثة، ولا ضرر بصاحب الأرض في الترك إلى وقت الإدراك، وَإذا ترك لا أجر للورثة فيما يعملون؛ لأنهم يَعْمَلُون على حكم عقد أبيهم تقديرًا، فكأنه يعمل أبوهم.

وَإن أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل؛ لأن العقد ينفسخ حقيقةً إلا أنا بقيناه باختيارهم نظرًا لهم، فإن امتنعوا عن العمل بقي الزرع مشتركًا. فإما أن يقسم بينهم بالحصص، أو يعطيهم صاحب الأرض قدر حصتهم من الزرع البقل، أو ينفق من مال نفسه إلى وقت الحصاد، ثم يرجع بحصتهم؛ لأن فيه رعاية الجانبين، والله ـ تعالى ـ أعلم.

كِتَابُ المُعَامَلَةِ

وَقَدْ يسمى «كتاب المساقاة»[1]، والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في [كتاب][2] المزارعة.

أما معنى المعاملة لغةً: فهو مفاعلة من العمل.

وفي عرف الشرع: عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز.

وأما شرعيتها: فقدِ اختلف العلماء فيها، قال أبو حنيفة - عليه الرحمة - إنها غير مشروعة، وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله - والشافعي - رحمه الله - مشروعة[3]، واحتجوا بحديث «خيبر» أنه عَلَيه - الصلاة والسلام دَفَعَ نخيلهم معاملة.

---

(١) المُسَاقَاةُ لُغَةً: مفاعلة من السَّقي؛ لأن أهل «الحجاز» أكثر حاجة شجرهم إلى السقي؛ لأنهم يستقون من الآبار؛ فسميت بذلك.
ينظر الصحاح ٦/ ٢٣٨٠، اللسان ٣/ ٢٠٤٤، المطلع ص (٢٦٢)، حاشية الباجوري ٢/ ٢٤، معجم مقياس اللغة ٣/ ٨٤.
واصطلاحاً: عرفها الشَّافعية بأنها: دفع الشخص نَخْلاً، أو شجر عنب لمن يتعهّده بسقي، وتربية على أن له قدراً معلوماً من ثمره.
عرفها المالكيةُ بأنها: عقد على عمل مؤنة النبات، بقدر لا من غير غلته، لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل.
عرفها الحنفية: دفع الشجر إلى من يصلحه بِجُزْءٍ من ثمره.
عرفها الحنابلة بأنها: دفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره.
حاشية الباجوري ٢/ ٢٤، الخرشي ٦/ ٢٢٧، الدرر ٢/ ٣٢٨، المطلع ص (٢٦٢)، المغني لابن قدامة ٥/ ٥٥٤.

(٢) سقط في ط.

(٣) والأصل في جوازها السنة والإجماع؛ أما السنة، فما روى عبد الله بن عمر. رضي الله عنه، قال: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها، من ثمر أو زرع. حديث صحيح، متفق عليه. وأما الإجماع، فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، رضي الله عنه، وعن آبائه: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر، ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي، ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون =

ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن هذا استئجار ببعض الخارج، وأنه منهيٌّ عنه؛ على ما ذكرنا في «كتاب المزارعة»، وقد مر الجواب [فيه][1] عن الاستدلال بحديث «خيبر» فلا نعيده.

أما ركنها: فهو الإيجاب والقبول[2]؛ على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت، وأما الشرائط المصححة لها على قول مَنْ يجيزها، فما ذكرنا في «كتاب المزارعة» منها: أن يكون

= الثلث والربع. وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم، واشتهر ذلك، فلم ينكره منكر، فكان إجماعاً. فإن قيل: لا نسلم أنه لم ينكره منكر، فإن عبد الله بن عمر راوي حديث معاملة أهل خيبر، قد رجع عنه، وقال: كنا نخابر أربعين سنة، حتى حدثنا رافع بن خديج، أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة. وهذا يمنعُ انعقاد الإجماع، ويدل على نسخ حديث ابن عمر، لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع بن خديج. قلنا: لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الإجماع، ولا حديث ابن عمر؛ لأن النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات، ثم عمل به الخلفاء بعده، ثم من بعدهم، فكيف يتصور نهي النبي ﷺ عن شيء يخالفه؟ أم كيف يُعْمَلُ بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ، وهو حاضر معهم، وعالم بفعلهم، فلم يخبرهم، فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجماع. على أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه، ما يدل على صحة قولنا، فروى البخاري، بإسناده قال: كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض، فمما يصاب ذلك وتسلم الأرض، ومما تصاب الأرض ويسلم ذلك، فنهينا، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذٍ. وروي تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد، وهو مضطرب جداً. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن حديث رافع بن خديج، نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة. فقال: رافع روي عنه في هذا ضروب. كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه. وقال طاوس: إن أعلمهم - يعني ابن عباس - أخبرني، أن النبي ﷺ لم ينه عنه، ولكن قال: «لأن يَمْنَحَ أَحَدُكُم أخاه أرْضَهُ، خَيْرٌ مِنْ أنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجاً مَعْلُوماً». رواه البخاري ومسلم. وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه. فكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي ﷺ حتى مات وهو يفعله، ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده، بخبر لا يجوز العمل به، ولو لم يخالفه غيره! ورجوع ابن عمر إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه. وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع، ولم يقبل حديثه، وحمله على أنه غلط في روايته. والمعنى يدل على ذلك؛ فإن كثيراً من أهل النَّخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه، ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثيرٌ من الناس لا شجر لهم، ويحتاجون إلى الثمر، ففي تجويز المساقاة دفع للحاجتين، وتحصيل لمصلحة الفئتين، فجاز ذلك، كالمضاربة بالأثمان. ينظر المغني ٧/٥٢٧ - ٥٢٩.

(١) سقط في ط.

(٢) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة، وما يؤدي معناها من الألفاظ، نحو: عاملتك، وفالحتك، واعمل في بستاني هذا حتى تكمل ثمرته، وما أشبه هذا؛ لأن القصد المعنى، فإن أتى به بأي لفظٍ دل عليه، صح، كالبيع. وإن قال: استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط، حتى تكمل ثمرته، بنصف ثمرته. ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يصح. ذكره أبو الخطاب؛ لأن الإجارة يشترط لها كون العوض معلوماً، والعمل معلوماً، وتكون لازمة، والمساقاة بخلافه. والثاني، يصح. وهو أقيس؛ لأنه مؤدٍّ للمعنى، فصح به العقد، كسائر الألفاظ المتفق عليها. ينظر المغني ٧/٥٣٨.

العاقدان عاقلين، فلا يجوز عقد منْ لا يعقل، فأما البلوغ: فليس بشرط؛ وكذا الحرية على نحو ما مَرَّ في «كتاب المزارعة».

ومنها: ألاَّ يَكُونَا مرتدين في قول أبي حنيفة؛ على قياس قول من أجاز المعاملة، حتى لو كان أحدهما مرتدًا وقفت المعاملة، ثم إن كان المرتد هو الدافع، فإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط، وَإن قتل أو مات أو لحق، فالخارج كه للدافع؛ لأنه نماء ملكه، وللآخر أجر المثل/ إذا عمل، وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين؛ كما إذا كانا مسلمين. ٣/٢٢٨أ

وَإن كان المرتد هو العامل، فإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط، وَإن قتل أو مات على الردة أو لحق، فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد، على الشرط بالإجماع؛ لما مر في المزارعة.

هذا إذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد، فأما إذا كانت بين مسلمين ثم ارتدًا أو ارتد أحدهما، فالخارج على الشرط؛ لما مَرَّ في «كتاب المزارعة»، ويجوز معاملة المرتدة دفعًا وأخذا[1] بالإجماع.

ومنها: أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل، فإن كان المدفوع نخلاً فيه طلعٌ أو بسرٌ قد احمر أو اخضر، إلاَّ أنه لم يتناه عظمه، جازت المعاملة، وَإن كان قد تناهى عظمه، إلا أنه لم يرطب، فالمعاملة فاسدة؛ لأنه إذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادةً، فلم يوجد العمل المشروط عليه، فلا يستحق الخارج، بل يكون كله لصاحب النخل.

ومنها: أن يكون الخارج لهما، فلو شَرَطَا أن يكون لأحدهما فسدَت؛ لما علم.

ومنها: أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعًا معلومَ القدر؛ لما علم.

ومنها: أن يكون محل العمل ـ وهو الشجر ـ معلومًا، وبيان هذه الجملة في «كتاب المزارعة».

ومنها: التسليم إلى العامل؛ وهو التخلية، حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت؛ لانعدام التخلية، فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة؛ استحسانًا، ويقع على أول ثمرة تخرج في أول السنة؛ بخلاف المزارعة.

---

(١) في ط: واحداً.

والقياس أن يكون شرطًا؛ لأن ترك البيان يؤدي إلى الجهالة؛ كما في «المزارعة»؛ إلا أنه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة، ولم يوجد ذلك في المزارعة؛ حتى أنه لو وجد التعامل به في موضع يجوزُ من غير بيان المدة، وبه كما يفتي محمد بن سلمة على ما مَرَّ في «المزارعة»

ولو دفع أرضًا ليزرع فيها الرطاب، أو دفع أرضًا فيها أصول رطبة نابتة ولم يسم المدة، فإن كان شيئًا ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جذه[1] وقت معلوم، فالمعاملة فاسدة، وَإن كان وقت جذه معلومًا، يجوز ويقع على الجذة الأولى؛ كما في الشجرة المثمرة.

فَصْلٌ في الشروط المفسدة للمعاملة

وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع: دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد لأن ما كان وجوده شرطًا للصحة كان انعدامه شرطًا للإفساد.

منها: شرط كون الخارج كله لأحدهما.

ومنها: شرط أن يكون لأحدهما قفزان مسماة.

ومنها: شرط العمل على صاحب الأرض.

ومنها: شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل؛ لما ذكرنا في «كتاب المزارعة».

ومنها: شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف؛ لأنه ليس من المعاملة في شيء؛ ولانعدام التعامل به أيضًا، فكان من باب مؤنة الملك، والملك مشترك بينهما، فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما.

ومنها: شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة؛ نحو السرقية[2]، ونصب العرايش، وغرس الأشجار، وتقليب الأرض؛ وما أشبه ذلك؛ لأنه لا يقتضيه العقد، ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده.

ومنها: شركة العامل فيما يعمل فيه؛ لأن العامل أجير رب الأرض، واستئجار الإنسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز، حتى أن النخل لو كان بين رجلين، فدفعه أحدُهما إلى صاحبه معاملةً مدةً معلومة؛ على أن الخارج بينهما أثلاث: ثلثاه للشريك العامل، وثلثه للشريك الساكت، فالمعاملةُ فاسدة، والخارج بينهما على قدر الملك، ولا أجر للعامل

(١) في أ: آخره. (٢) في ط: السرقية.

على شريكه؛ لما مر أن في المعاملة معنى الإجارة، ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الأجير شريك المستأجر، وَإذا عمل لا يستحق الأجر على شريكه، لما عرف في الإجارات، ولا يشبه هذا المزارعة؛ لأن الأرض إذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة؛ على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج - أنه تجوز المزارعة؛ لأن هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شيء الأجير فيه شريك المستأجر؛ لانعدام الشركة في البذر، وهنا تحقق لثبوت الشركة في ٣/٢٢٨ب النخل/ ، فهو الفرق، ولا يتصدق واحدٌ منهما بشيء من الخارج؛ لأنه خالص ماله لكونه نماء ملكه.

لو شَرَطَا أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما، جازت المعاملة؛ لأن استحقاق كل واحد منهما - أعني: من الشريكين - [الخارج][1] لكونه نماء ملكه لا بالعمل، بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض، فلم يتحقق الاستئجار.

ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشتري ما يلقح به النخل، فاشتراه، رجع عليه بنصف ثمنه؛ لأنه اشترى مالاً متقوَّمًا على الشركة بأمره، فيرجع عليه، وسواء كان العامل في عقد المعاملة واحدًا أو أكثر، حتى لو دفع رجل نخله إلى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث، جاز، وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لأحدهما فضلاً؛ لأن كل واحد منهما أجير صاحب الأرض، فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط، فيتقدر بقدر الشرط، ولو شرط لأحد العاملين مائة درهم على رب الأرض، والآخر ثلث الخارج، ولرب الأرض الثلثان - جاز؛ لأن الواجب لكل واحد منهما أجرة مشروطة، فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط.

ولو شرطا لصاحب النخل الثلث، ولأحد العاملين الثلثين، وللآخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان، فهو فاسدٌ، ولا يشبه هذا المزارعة أن من دفع الأرض مزارعة على أن لرب الأرض الثلث وللمزارع الثلثان؛ على أن يعمل فلان معه بثلث الخارج - أن المزارعة جائزةٌ بين رب الأرض والمزارع فاسدةٌ في حق الثالث؛ لأن المعاملة استئجار العامل، والأجرة تجب على المستأجر دون الأجير بمقابلة العمل، والعمل للمستأجر، فكانت الأجرة عليه، فإذا اشترطها على الأجير فقد استأجره ليعمل له؛ على أن تكون الأجرة على غيره، ولا سبيل إليه، ففسد العقد، وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة، لا أنه صح فيما بين صاحب الأرض والمزارع؛ لأنه جعل بمنزلة عقدين، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر، وهذا مع هذا التكلف غير واضحٍ، ويتضح إن شاء الله تعالى.

---

(١) سقط في ط.

فصل في حكم المعاملة الصحيحة عند من يجيزها

وأما حكم المعاملة الصحيحة [عند مجيزها][١] فأنواعٌ:

منها أن كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج إليه الشجر، والكرم، والرطاب، وأصول الباذنجان، من: السقي، وَإصلاح النهر، والحفظ، والتلقيح للنخل ـ فعلى العامل؛ لأنها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد، وكل ما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقنة[٢] وتقليب الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو[٣] ذلك ـ فعليهما على قدر حقيهما؛ لأن العقد لم يتناوله، لا مقصودًا ولا ضرورة، وكذلك الجذاذ والقطاف؛ لأن ذلك يكون بعد انتهاء العمل، فلا يكون من حكم عقد المعاملة.

ومنها: أن يكون الخارج بينهما على الشرط، لما مر.

ومنها: أنه إذا لم يخرج الشجر شيئًا، فلا شيء لواحد منهما؛ بخلاف المزارعة الفاسدة؛ لما مر من الفرق في «كتاب المزارعة».

ومنها أن هذا العقد لازم من الجانبين، حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه، إلاَّ من عذرٍ؛ بخلاف المزارعة، فإنها غير لازمة في جانب صاحب البذر، وقد مر الفرق.

ومنها: ولاية جبر العامل على العمل إلاَّ من عذر على ما قدمناه.

ومنها: جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز، والأصل فيه ما مر في «كتاب المزارعة» أن كل موضع احتمل إنشاء العقد احتمل الزيادة، وإلاَّ فلا، والحط جائز في الموضعين، وأصله بالزيادة في الثمن والمثمن، فإذا دفع نخلاً بالنصف معاملة فخرج الثمر، فإن لم يتناه عظمه، جازت الزيادة منهما أيهما كان؛ لأن الإنشاء للعقد في هذه الحالة جائز، فكانت الزيادة جائزة.

ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الأرض شيئًا، ولا تجوز الزيادة من رب الأرض للعامل شيئًا؛ لأن هذه زيادة في الأجرة؛ لأن العامل أجير والمحل لا يحتمل الزيادة.

---

(١) في أ: على قول من يجيزها.

(٢) في ط: السرقية.

(٣) في أ: وغير.

ألاَ ترى أنّه لا يحتمل الإنشاء، والأول حط من الأجرة، واحتمال الإنشاء ليس بشرطٍ لصحة الحط.

٣/٢٢٩أ ومنها: أن العامل لا يملك أن يدفع إلى غيره معاملة إلاَّ إذا قال/له رب الأرض: اعمل فيه برأيك؛ لأن الدفع إلى غيره إثبات الشركة في مال غيره بغير إذنه، فلا يصح.

وَإذا قَالَ له: اعمل فيه برأيك، فقد أذن له، فَصَحَّ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ له اعمل برأيك فيه، فدفع العامل إلى رجل آخر معاملة، فعمل فيه، فأخرج، فهو لصاحب النخل، ولا أجر للعامل الأول؛ ولأن استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل، ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضًا؛ لأن عقده معه لم يصح، فلم يكن عمله مضافًا إليه، وله على العامل الأول أجر مثل عمله يوم عمل؛ لأنه عمل له بأمره، فاستحق أجر المثل، ولو هلك الثمر في يد العامل الأخير من غير عمله، وهو في رؤوس النخل، فلا ضمان على واحد منهما؛ لانعدام الغصب من واحد منهما؛ وهو تفويت يد المالك.

ولو هلك من عمله في أمر خالف فيه أمر العامل الأول، فالضمان لصاحب النخل على العامل الآخر دون الأول؛ لأن الخلاف قطع نسبة عمله إليه، فبقي متلفًا على المالك ماله، فكان الضمان عليه، ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الأول، فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء؛ لأنه إذا لم يوجد منه بخلاف بقي عمله مضافًا إليه؛ كأنه عمل لنفسه، فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثاني؛ لأنه في معنى غاصب الغاصب، فإن اختار تضمين الأول لم يرجع على الآخر بشيء؛ لأنه عمل بأمر الأول، فلو رجع عليه لرجع هو عليه أيضًا، فلا يفيد، وإن اختار تضمين الآخر يرجع على الأول؛ لأنه غره في هذا العقد، فيرجع عليه بضمان الغرور، وهو ضمان السلامة.

هذا إذا لم يقل له: اعمل فيه برأيك، فأما إذا قال وشرط [له][1] النصف فدفعه إلى رجل آخر بثلث الخارج، فهو جائز لما ذكرنا، وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل، والسدس للعامل الأول؛ لأن شرط الثلث يرجع إلى نصيبه خاصة؛ لأن العمل واجب عليه، فبقي له السدس ضرورة.

وذكر محمد ـ رحمه الله ـ في الأصل أنه إذا لم يَقُلْ له: اعمل فيه برأيك، وشرط له شيئًا معلومًا، وشرط الأول للثاني مثل ذلك، فهما فاسدان، ولا ضمان على العامل الأول.

---

(١) سقط في ط.

فصل في حكم المعاملة الفاسدة

وأما حكم المعاملة الفاسدة، فأنواعٌ ذكرناها في المزارعة.

منها: أنه لا يجبر العامل على العمل، لأن الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح.

ومنها: أن الخارج كله لصاحب الأرض؛ لأن استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه، واستحقاق العامل بالشرط، ولم يصح، فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشيء منه؛ لأنه حصل عن خالص ملكه.

ومنها: أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل؛ لما ذكرنا في «المزارعة».

ومنها: أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج، بل يجب وَإن لم يخرج الشجر شيئًا، بخلاف المعاملة الصحيحة، وقد ذكرنا[1] الفرق في «كتاب المزارعة».

ومنها: أن أجر المثل فيها يجب مقدرًا بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف، وعند محمد يجب تامًا، وهذا الاختلاف فيما إذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد، فإن لم تَكُنْ مسماة في العقد، يجب أجر المثل تامًا بلا خلافٍ، وقد مرت المسألة في «كتاب المزارعة».

فصل في الأعذار التي تفسخ بها

وأما المعاني التي هي عذر في فسخها[2]، فما ذكرنا في «كتاب المزارعة»، ومن الأعذار التي في جانب العامل أن يكون سارقًا، معروفًا بالسرقة، فيخاف [على][3] الثمر والسعف.

فصل فيما ينفسخ به عقد المعاملة

وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة فأنواع:

منها: صريح الفسخ.

ومنها: الإقالة.

---

(١) في أ: مر.
(٢) في أ: فسخ المعاملة.
(٣) سقط في ط.

ومنها: انقضاء المدة.

ومنها: موت المتعاقدين، وقد مر في «كتاب المزارعة».

فصل في حكم المعاملة المنفسخة

وأما حكم المعاملة المنفسخة، فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة، والله تعالى أعلم.

كِتَابُ الشُّرْبِ

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في بيان معنى الشرب لغةً وشرعًا، وفي بيان أنواع المياه، وفي بيان حكم كل نوع منها.

أما الأول: فالشرب في اللغة: عبارة عن الحظ والنصيب من الماء، قال الله ـ عَزَّ شأنه: ﴿قَالَ هَـٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥] ، وفي الآية الكريمة دلالةٌ على جواز قسمة الشرب بالأيام؛ لأن الله ـ سبحانه وتعالى، عزَّ اسمه ـ أخبر عن نبيه سيدنا صالح ـ عليه الصلاة والسلام ـ قبل ذلك، ولم يعقبه بالفسخ، فصارت شريعة لنا مبتدأة، وبها استدل محمد ـ رحمه الله ـ في «كتاب الشرب» لجواز قسمة الشرب بالأيام.

وفي عرف الشرع: عبارة عن حق الشرب والسقي.

وأما بيان أنواع المياه فنقول: المياه أربعةُ أنواع:

الأول: الماء الذي يكون في الأواني والظروف.

والثاني: الماء الذي يكون في الآبار والحياض والعيون.

والثالث: ماء الأنهار الصغار التي تكون لأقوام مخصوصين.

والرابع: ماء الأنهار العظام؛ كجيحون، وسيحون، ودجلة، والفرات؛ ونحوها.

أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة:

أما الأول: فهو مملوك لصاحبه، لا حق لأحد فيه؛ لأن الماء وَإن كان مباحًا في الأصل، لكن المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكًا لغيره، كما إذا استولى على الحطب والحشيش والصيد، فيجوز بيعه؛ كما يجوز بيع هذه الأشياء؛ وكذا السقَّاؤن يبيعون المياه المحروزة في الظروف، به جرت العادة في الأمصار وفي سائر الأعصار من غير نكيرٍ، فلم يحل لأحدٍ أن يأخذ منه فيشرب من غير إذنه، ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه؛ فإن لم يكن عنده فضل، فليس له أن يقاتله أصلاً؛ لأن هذا دفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره لا بقصد إهلاكه، وهذا لا يجوز، وَإن كان عنده فضل ماء عن حاجته، فللممنوع

أن يقاتله ليأخذ منه الفضل، لكن بما دون السلاح؛ كما إذا أصابته مخمصة وعند صاحبه فضل طعام، فسأله، فمنعه، وهو لا يجد غيره.

وأما الثاني: الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون، فليس بمملوك لصاحبه، بل هو مباحٌ في نفسه، سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة؛ لكن له حق خاص فيه؛ لأن الماء في الأصل خلق مباحًا لقول النبي - عليه الصلاة والسلام - «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءُ وَالْكَلأُ وَالنَّارُ»[1] والشركة العامة تقتضي الإباحة، إلا أنه إذا جعل في إناء وأحرزه به، فقد استولى عليه وهو غير مملوك لأحد، فيصير مملوكًا للمستولي؛ كما في سائر المباحات الغير المملوكة، إذا لم يوجد ذلك بقي على أصل الإباحة الثابتة بالشرع، فلا يجوز بيعه؛ لأن محل البيع هو المال المملوك، وليس له أن يمنع الناس من الشفة، وهو الشرب بأنفسهم وسقي دوابهم منه؛ لأنه مباح لهم، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ * نَهَى عَنْ مَنْعِ نَبْعِ الْبِئْرِ؛ وهو فضل مائها الذي يخرج منها، فلهم أن يسقوا منها لشفاههم ودوابهم، فَأما لزروعهم وأشجارهم، فله أن يمنع ذلك لما في الإطلاق من إبطال حقه أصلاً، إلاَّ إذا كان ذلك في أرض مملوكة، فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه إذا لم يضطروا إليه؛ بأن وجدوا غيره؛ لأن الدخول إضرار به من غير ضرورة، فله أن يدفع الضرر عن نفسه، وَإن لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يُقال له:

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٠٠) كتاب البيوع: باب في منع الماء حديث (٣٤٧٧) وأحمد (٥/ ٣٦٤) والبيهقي (٦/ ١٥٠) كتاب إحياء الموات: باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة كلهم من طريق حريز بن عثمان ثنا أبو خداش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار».

وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب الرهون: باب المسلمون شركاء في ثلاث حديث (٢٤٧٣) حدثنا محمد بن عبد الله بن يزيد ثنا سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث لا يمنعن: الماء والكلأ والنار».

وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٦٦ - ٢٦٧): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات محمد بن عبد الله بن يزيد المقري أبو يحيى المكي وثقه النسائي وابن أبي حاتم وسلمة الأندلسي والخليل وغيرهم وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين. اهـ.

وللحديث شاهد أيضاً من حديث ابن عباس.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب الرهون: باب المسلمون شركاء في ثلاث حديث (٢٤٧٢) من طريق عبد الله بن خراش بن حوشب الشيباني عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار وثمنه حرام».

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٦٦): هذا إسناد ضعيف عبد الله بن خراش ضعفه أبو زرعة والبخاري والنسائي وابن حسان وغيرهم.

إما أن تأذن بالدخول، وَإما أن تعطي بنفسك، فإن لم يعطهم ومنعهم من الدخول، ولهم أن يقاتلوه بالسلام؛ ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم، والأصل فيه ما رُويَ أن قومًا وردوا ماء فَسَالُوا أهلَهُ أن يدلوهم على البئر فأبوا، وسألوهم أن يعطوهم دلوًا فأبوا، فقالوا لهم: إن أَعْنَاقَنَا وأعناقَ مطايانا كدت تُقطع، فأبوا، فذكروا ذلك لسيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ فقال: هَلاَّ وضعتم فيهم السلاح؟ بخلاف الماء المحرز في الأواني والطعام حالة المخمصة؛ لأن الماء هناك مملوك لصاحبه؛ وكذا الطعام، فَلاَ بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح، ولا ملك هناك، بل هو على الإباحة الأصلية على ما بينا، فإذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح؛ كما إذا منعه ماله المملوك.

وأما الثالث: الماء الذي يكون في الأنهار التي تكون لأقوام مخصوصين، فيتعلق به أحكام بعضها، يرجع إلى نفس الماء، وبعضها / يرجع إلى الشرب، وبعضها يرجع إلى النهر.

أما الذي يرجع إلى نفس الماء، فهو أنه غير مملوك لأحد؛ لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الأصل بالنص، وَإنما يأخذ حكم الملك بالإحراز بالأواني، فلا يجوز بيعه لعدم الملك.

وَلَوْ قال: اسقني يومًا من نهرك، عَلَىَ أَنْ أسقيك يومًا من نهر كذا، لا يجوز؛ لأن هذا مبادلة الماء بالماء، فيكون بيعًا أو إجارة الشرب بالشرب، وكل ذلك لا يجوز، ولا تجوز إجارته؛ لأَنَّ الإجارةَ تمليك المنفعة، لا تمليك العين بمنافعها ليست بمملوكة.

ولو استأجر حَوْضاً أو بئرًا ليسقي منه ماء، لا يجوز؛ لأن هذا استئجار الماء؛ وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك؛ لأن هذا استئجار السمك؛ وكذا لو استأجر أجمة ليحتطب؛ لأن هذا استئجار الحطب، والأعيان لا تحتمل الإجارة، وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة، وهو شرب الناس والدواب، وله أن يمنع من سقي الزرع والأشجار؛ لأن له فيه حقًّا خاصًا، وفي إطلاق السقي إبطال حقه، لأن كل أحد يتبادر إليه فيسقي منه زرعه وأشجاره، فيبطل حقه أصلاً.

ولو أذن بالسقي والنهر خاصٌ له، جاز؛ لأنه أبطل حق نفسه.

وأما الذي يرجع إلى الشرب، فهو أنه لا يجوز بيعه منفردًا؛ بأن باع شرب يوم أو أكثر؛ لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء، ولو اشترى به دارًا وعبدًا وقبضهما، لزمه رد الدار والعبد؛ لأنه مقبوض بحكم عقد فاسدٍ فكان واجب الرد؛ كما في سائر البياعات الفاسدة، ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب.

ولو باع الأرض مع الشرب، جاز تبعًا للأرض، ويجوز أن يجعل الشيء تبعًا لغيره، وَإن كان لا يجعله مقصودًا بنفسه كأطراف الحيوان، ولا يدخل الشرب في بيع الأرض إلاَّ بالتسمية

صريحًا، أو بذكر ما يدل عليه؛ بأن يقول بعتها بحقوقها أو بمرافقها، أو كل قليل وكثير هو لها داخلٌ فيها وخارجٌ عنها من حقوقها، فإن لم يذكر شيئًا من ذلك لا يدخل؛ لأن اسم الأرض بصيغته وحروفه لا يدلُّ على الشرب، ولا تجوز إجارته مفردًا؛ لأن الحقوق لا تحتمل الإجارة على الانفراد؛ كما لا تحتمل البيع؛ وَكَذَا لو جعله أجرة في إجارة الدار والعبد ونحو ذلك، لا يجوز؛ لأن الأجرة في باب الإجارة كالثمن في باب البيع، وأنه لا يصلح ثمنًا في البياعات، فلا يصلح أجرة في الإجارات، ولو انتفع بالدار والعبد، لزمه أجر مثله؛ لأنه استوفى منفعة المعقود عليه عقدًا فاسدًا، فيلزمه أجرة المثل؛ كما في سائر الإجارات الفاسدة.

ولو استأجر الأرض مع الشرب، جاز تبعًا للأرض؛ كما في البيع؛ على ما ذكرنا ولو استأجر أرضًا ولم يذكر الشرب والمسيل أصلاً، فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل في البيع.

وفي الاستحسان كَانًا له ويدخلاً تحت إجارة الأرض من غير تسمية نصًا لوجودها دلالة؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب، فيصير الشرب مذكورًا بذكر الأرض دلالةً؛ بخلاف البيع؛ لأن البيع تمليك العين، والعين تحتمل الملك بدونه، ولا تجوز هبته والتصدق به؛ لأن كل واحد منهما تمليك، والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك، ولا يَجُوز الصلح عليه؛ بأن صالح من دعوى على شرب، سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس وما دونه؛ لأن الصلح في معنى البيع، إلا أنه يسقط القصاص، ويكون الصلح؛ كأنه على العفو؛ لما ذكرنا في «كتاب الصلح»؛ ولأن صورة الصلح أورثت شبهة، والقصاص لا يستوفي مع الشبهات، وتجب على القاتل والجارح الدية وأرش الجناية، ولا تصح تسميته في «باب النكاح»؛ بأن تزوج امرأةً عليه وعلى الزوج مهر المثل؛ لأن النكاح تصرف تمليك، وأنه لا يحتمل التمليك، وَإذا لم تصح التسمية يجب العوض الأصلي، وهو مهر المثل، ولا تصح تسميته في الخلع؛ بأن اختلعت المرأة من نفسها عليه، وعليها رد المأخوذ من المهر؛ لأن تسميته في معرض التمليك إن لم يصح فهو مال؛ لكونه مرغوبًا فيه، فمن حيث إنه لم يحتمل التمليك لم يصلح بدل الخلع، ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلاً، فيظهر في وجوب رد المأخوذ، وهذا أصلي في باب الخلع، محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البدل المذكور؛ وهو مال مرغوب في نفسه، يجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورثه؛ لأن الإرث لا يقف على الملك لا محالة، بل يثبت في حق المال كما يثبت في الملك؛ كخيار العيب ونحو ذلك، ويوصي به؛ حتى لو أوصى لرجل أن يسقي أرضه مدة معلومةً من شربه، جازت الوصية، وتعتبر من الثلث؛ لأن الوصية وإن كان تمليكاً لكنها تمليك بعد الموت.

ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال. وَإنما يملك بعد الموت، فأشبه الميراث، فإذا احتمل الإرث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث.

وإذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثًا لورثة الموصى له؛ لأن الشرب ليس بعين مالٍ، بل هو حق مالي وشبه الخدمة، ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له، ولا تصير ميراثًا؛ فكذلك الوصية بالشرب، وَلَوْ أَوْصَىٰ أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح؛ لأنه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق استوى فيه الحال والإضافة إلى ما بعد الموت بالوصية، ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه.

وَلَوِ اخْتَلَفَا في قدر الشرب ولا بينة لأحدهم، تحكم الأراضي فيكون الشرب بينهم على قدر أراضيهم، ولا يعتبر عدد الرؤوس؛ بخلاف الجماعة إذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم؛ أنه لا تحكم فيه بقعة الدار، بل يعتبر فيه عدد الرؤوس؛ وَإنما كان كذلك لاختلاف المقصود؛ إذ المقصود من الشرب السقي، والسقي يختلف باختلاف الأراضي، والمقصود من الطريق هو المرور، وأنه لا يختلف باختلاف الدور.

وَلَوْ كان الأعلى منهم لا يشرب ما لم يسكر النهر عن الأسفل؛ بأن كانت أرضه ربوة - لم يكن له ذلك، ولكن يشرب بحصته؛ لأن في سكر النهر حتى يشرب الأعلى منع الأسفل من الشرب، وهذا لا يجوز إلا إذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز.

ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رَحَىً أو دالية أو سانية، نظر فيه، فإن كان لا يضر بالشرب والنهر، وكان موضع البناء أرض صاحبه، وَإلا فلا؛ لأن رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة، وحق الكل متعلق بالماء، ولا سبيل إلى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك إلاَّ برضا الشركاء.

وَأما الذي يرجع إلى النهر، فالأصل فيه أنَّ النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين، سواء أضرَّ بهم التصرف أو لا؛ لأن رقبة النهر مملوكة لهم، وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الإضرار بالمالك، حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهرًا صغيرًا من النهر المشترك، فيسوق الماء إلى أرض أحياها، ليس لها منه شرب، ليس له ذلك إلا برضاهم؛ لأن الحفرَ تصرف في محلٍّ مملوك على الشركة من غير رضاهم، فيمنع عنه.

وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم، فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء، ليس له ذلك، وَإن كان ذلك لا يضرهم؛ لأن ذلك تصرفهم في النهر بإجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم، فيمنع عنه.

ولو أراد أنْ ينصب عليه رحىٰ؛ فإن كان موضع البناء مملوكًا له والماء يدير الرحى على سيبه، له ذلك وَإن كان موضع البناء مشتركًا، أو تقع الحاجة إلى تعريج الماء ثم الإعادة، ليس له ذلك؛ لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير وصول حقهم إليهم بالتعريج؛ كما إذا حفر نهرًا في أرضه، وأراد أن يعرج الماء إليه، ثم يعيده إلى النهر؛ وَكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية، فهو على هذا التفصيل، وليس لأحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم؛ لأن القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواء، وكل ذلك مشترك.

وَلَوْ كَانَ النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الأعظم، ولأحد الشريكين أرض في أعلى النهر، وللآخر أرض في أسفله، فأراد صاحب الأعلى أن يسد شيئًا من تلك الكوى؛ لما يدخل من الضرر في أرضه ـ ليس له ذلك إلاَّ برضا شريكه؛ لأنه يتضرر به شريكه، فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه بإضرار غيره، إن أراد أن يتهايآ حتى يسد في حصته ما شاء، لم يكن له ذلك إلا برضا الشريك؛ لما قلنا، وَإن تراضيا على ذلك زمانًا، ثم بدا لصاحب الأسفل أن ينقض، فله ذلك؛ لأن المراضاة على ما لا يحتمل التمليك تكون مهايأة، وأنها غير لازمة.

ولو كان النهر بين رجلين له كوى، فأضاف رجل أجنبي إليها كوة، وحفر نهرًا منه إلى أرضه برضا منهما، ومضى على ذلك زمان، ثم بدا لأحدهما أن ينقض، فله ذلك؛ لأن العارية لا تكون لازمة؛ وكذلك لو مات لورثتهما أن ينقضوا ذلك؛ لما قلنا.

وَلَو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الأعظم، ولكل رجل نهر من هذا النهر، فمنهم مَنْ له كوتان، ومنهم من له ثلاث كوى، فقال صاحب الأسفل لصاحب الأعلى: إنكم تأخذون أكثر من نصيبكم؛ لأن دفعة الماء وكثرته في أول النهر، ولا يأتينا إلاَّ وهو قليل، فأرادوا المهايأة أيامًا معلومة، فليس لهم ذلك ويترك الماء والنهر على حاله؛ لأن ملكهم في رقبة النهر لا في نفس الماء.

وَلَوْ أراد واحدٌ منهم أن يوسع كوة نهره، لم يكن له ذلك؛ لأنه يدخل فيها الماء زائدًا على حقه، فلا يملك ذلك، ولو حفر في أسفل النهر جاز، ولو زاد في عرضه لا يجوز؛ لأن الكوى من حقوق النهر، فيملكه بملك النهر؛ بخلاف الزيادة في العرض.

ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الأعظم بين قوم، فَخَافُوا أن ينبثق، فأرادوا أن يحصنوه، فامتنع بعضهم عن ذلك، فإن كان ضررًا عامًّا يجبرون على أن يحصنوه بالحصص، وَإن لم يكن فيه ضرر عام لا يجبرون عليه؛ لأنَّ الانتفاع متعذر عند عموم الضرر، فكان الجبر على التحصيص من باب دفع الضرر عن الجماعة، فجاز، وإذا لم يكن الضرر عامًّا يمكن الانتفاع بالنهر، فكان الجبر بالتحصيص جبرًا عليه لزيادة الانتفاع بالنهر؛ وهذا لا يجوز.

ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل، فاختلف صاحب الأرض والنهر في مسناة، فالمسناة لصاحب الأرض عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ له أن يغرس فيها طينة، ولكن ليس له أن يهدمها.

وعند أبي يوسف ومحمد: المسناة لصاحب النهر حريمًا لنهره، وله أن يغرس فيها، ويلقي طينه، ويجتاز فيها.

وَإِنْ لم يكن ملاصقًا، بل كان بين النهر والأرض حائل من حائط ونحوه، كانت المسناة لصاحب النهر بالإجماع، وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على أن النهر هل له حريم أم لا؛ بأنْ حفر رجل نهرًا في أرض موات بإذن الإمام، عند أبي حنيفة لا حريم له، وعندهما له حريم.

وَوَجْهُ البناء عليه أنه لما لم يكن للنهر حريم عند أبي حنيفة، كان الظاهر شاهدًا لصاحب الأرض، فكان القول قوله، ولما كان له حريم عندهما، كان الظاهر شاهدًا لصاحب النهر، فيكون القول قوله.

وبعضُهم لم يصححوا البناء وقالوا لا خلاف أن للنهر حريمًا في أرض الموات؛ لأَنَّ للبئر والعين حريمًا فيها بالإجماع، وقد روى عليه الصلاة والسلام أنه جعل لهما حريمًا لحاجتهما إلى الحفر؛ لتعذر الانتفاع بها بدون الحفر؛ لأَنَّ حاجةَ النهر إلى الحريم كحاجة البئر والعين، بل أشد، فَكَانَ جعلُ الشرع للبئر والعين حريمًا جعلاً للنهر من طريق الأولى، دَلَّ أن البناء على هذا الأصل غير صحيح، فكان هذا خلافًا مبتدأ .

وجه قولهما إنه لما كان للنهر حريم بالاتفاق، كان الظاهر شاهدًا لصاحب النهر، فيجب العمل بالظاهر، حتى يقول الدليل بخلافه، ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة أن المسناة إذا كانت مستوية بالأرض، فالظاهر أنها ملك صاحب الأرض؛ إذ لو كانت حريمًا للنهر لكانت مرتفعة، لكونها ملقىٰ طينه، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الأرض، إلاَّ أنه لا يملك هدمها؛ لتعلق حق صاحب النهر بها، وفي الهدم إبطاله، ويجوز أن يمنع الإنسان من التصرف في ملكه؛ لتعلق حق الغير كحائط لإنسان عليه جذوع لغيره، فأراد هدم الحائط، يمنع منه؛ كذا هذا.

ثم كري النهر المشترك على أصحاب النهر، وَلَيْسَ عَلى أصحاب الشفة في الكري شيءٌ؛ لأن هذا من حقوق الملك، ولا ملك لأهل الشفة في رقبة النهر، بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط.

واختلف في كيفية الكري عليهم، قال أبو حنيفة: عليهم أن يكروا من أعلاه، وَإذا جَاوزوا أرض رجل دفع عنه، وكان الكري على من بقي.

وقال أبو يوسف ومحمد: الكري عليهم جميعًا، من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأراضي؛ حتى أنَّ النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهم عليه، لأخر كرى/ فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم، على كل واحد منهم العشر، فإذا جاوزوا شرب الأول، سقط عنه الكري، وَكَانَ على الباقين على تسعة أسهم، فإذا جاوزوا شرب الثاني سقط عنه الكري، وكان على الباقين على ثمانية أسهم هكذا، وهذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما فالكري بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر إلى أسفله.

وجه قول أبي حنيفة إن الكري من حقوق الملك، والملك في الأعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر إلى شرب أولهم، فَكَانَتْ مؤنته على الكل، فأما بعده فلا ملك لصاحب الأعلى فيه، إنما له حق، وهو حق تسييل الماء فيه، فكانت مؤنته على صاحب الملك، لا على صاحب الحق، ولهذا كانت مؤنة الكرى على أصحاب النهر، ولا شيء على أهل الشفة؛ لأنَّ الملك لأصحاب النهر، ولأهل الشفة حق الشرب وسقي دوابهم، وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره، فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه؛ لما قلنا.

وَأمَّا الأنهار العظام؛ كسيحون، ودجلة، والفرات، ونحوها، فلا ملك لأحد فيها ولا في رقبة النهر، وكذا ليس لأحد حق خاص فيها ولا في الشرب، بل هو حق لعامة المسلمين، فَلِكُلِّ أحد أن ينتفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها إلى أرضه؛ بأنْ أَحْيَا أرضًا ميتة بإذن الإمام، له أن يشق إليها نهرًا من هذه الأنهار، وليس للإمام ولا لأحد منعه إذا لم يضر بالنهر؛ وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية، إذا لم يضر بالنهر؛ لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد، فلا يثبت الاختصاص بها لأحد، فكان الناس فيها كلهم على السواء، فكان كل واحد بسبيلٍ من الانتفاع، لكن بشريطة عدم الضرر بالنهر؛ كالانتفاع بطريق العامة، وَإن أضر بالنهر فلكلِّ واحد من المسلمين منعه، ما بينا أنه حق لعامة المسلمين، وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر؛ كالتصرف في الطريق الأعظم.

وسئل أبو يوسف عن نهر مرو، وهو نهر عظيم أَحْيَا رجل أرضًا كانت مواتًا فحفر لها نهرًا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحدٌ، فساق الماء إليها من ذلك النهر، فقال أبو يوسف: إن كان يدخل على أهل مرو ضررٌ في مائهم، ليس له ذلك، وَإن كان لا يضرهم فله ذلك، وليس لهم أن يمنعوه؛ لما قلنا.

وَسُئل أيضًا: إذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة، هل له أن يزيد فيها؟ فقال: إن زاد في ملكه، وذلك لا يضر بأهل النهر، فله ذلك، ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر، فأراد واحدٌ منهم أن يزيد كوة، لم يكن له ذلك، وَإن كان لا يضر بالنهر.

ووجه الفرق أن الزيادة في الفصل الأول تصرف في حق مشترك بين العامة، وحرمة التصرف في حقوق العامة لا تثبت إلا بشريطة الضرر، وَالزيادةُ في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة الماء في النهر، والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمته على الضرر بالمالك، هو الفرق؛ ولو جزر ماء هذه الأنهار عن أرض، فليس لمن يليها أن يضمها إلى أرض نفسه؛ لأنه يحتمل أن يعود ماؤها إلى مكانه، ولا يجد إليه سبيلاً، فيحمل على جانب آخر فيضر، حَتَّى لو أمن العود أو كان بإزائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحمد بحمل الماء عليه ـ فله ذلك، ويملكه إذا أحياه بإذن الإمام أو بغير إذنه، على الاختلاف المعروف.

وَلَو احتاجتْ هذه الأنهار إلى الكري، فَعَلَىٰ السلطان كراها من بيت المال؛ لأن منفعتها لعامة المسلمين؛ فكانت مؤنتها من بيت المال؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الْخَرَاجِ بالضَّمانِ»[1]؛ وَكَذَا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان إصلاح مسناتها من بيت المال؛ لما قلنا، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

---

(١) تقدم.

كِتَابُ الأَرَاضِي

الكلام في موضعين في بيان أنواع الأراضي.

وفي بيان حكم كل نوع منها.

أما الأول فالأراضي في الأصل نوعان: أرضٌ مملوكة، وأرض مُبَاحة غير مملوكة، والمملوكة نوعان: عامرة وخراب، والْمُبَاحَةُ نوعان أيضًا:

نوعٌ هو من مرافق البلدة محتطباً لهم، ومرعى لمواشيهم.

وَنَوْعٌ ليس من مرافقها، وهو المسمى بالموات.

أما بيان حكم كل نوع منها، أما الأراضي المملوكة العامرة فليس لأحدٍ أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها؛ لأن عصمة الملك تمنع من ذلك، وكذلك الأرض الخراب الذي انقطع ماؤها، ومضى على ذلك سنون؛ لأنَّ الملك فيها قائم، وإن طال الزمان، حتى يجوز بيعها وهبتها وإجارتها، وتصير ميراثًا إذا مات صاحبها، إلا أنها إذا كانت خرابًا، فلا خراج عليها؛ إذْ ليس على الخراب خراج، إلا إذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستنماء، فعليه الخراج، وهذا إذا عرف صاحبها، فإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة، يعرف في كتابه إن شاء الله تعالى.

وأما الكَلأُ الذي ينبت في أرض مملوكة، فهو مباح غير مملوك، إلاّ إذا قطعه صاحب الأرض وأخرج فيملكه.

هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ وقال بعض المتأخرين من مشايخنا ـ رحمهم الله ـ أنه إذا سقاه وقام عليه ملكه، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن الأصل فيه هو الإباحة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاثٍ: المَاءُ وَالْكَلأُ وَالنَّارُ».

والكَلأُ اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد.

والشركة العامة هي الإباحة، إلا إذا قطعه وأحرزه؛ لأنه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه، كالماء المحرز في الأواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لأحد.

والنار: اسم لجوهر مضيءٍ دائم الحركة علوًّا، فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها؛ لأن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ أثبت الشركة فيها، فأما الجمر فليس بنارٍ، وهو مملوك لصاحبه، فله حق المنع كسائر أملاكه. وَلَوْ أراد أحدٌ أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلأ، فإذا كان يجده في موضع آخر، له أن يمنعه من الدخول، وَإن كان لا يجده فيقال لصاحب الأرض: إما أن تأذن له بالدخول، وَإما أن تحش بنفسك. فتدفعه إليه؛ كالماء الذي في الآبار والعيون والحياض التي في الأراضي المملوكة؛ على ما ذكرنا في «كتاب الشرب».

ولو دخل إنسانٌ أرضه بغير إذنه واحتش، ليس لصاحبه أن يسترده؛ لأنه مباح سَبَقَتْ يده إليه؛ وكذا لا يجوز بيعه؛ لأن محل البيع مال مملوك، وَإن لم يثبت على ملك أحد، ولا تجوز إجارته؛ لأن الأعيان لا تحتمل الإجارة؛ على ما ذكرنا في «كتاب الشرب».

والجواب في الكلأ في البيع، والإجارة، والهبة، والنكاح، والخلع، والصلح، والوصية ـ كالجواب في الشرب؛ لأن كل واحد منها غير مملوك، وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب.

وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلأ على هذا.

وكذلك الآجام المملوكة في حكم السمك؛ لأن السمك أيضًا مباح الأصل؛ لقوله ـ تعالى، عزَّ شأنه: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ﴾ [المائدة:٩٦] وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ. . . .» الحديث، فلا يصير مملوكًا إلا بالأخذ والاستيلاء؛ لما بينا.

وَلَوْ حظر السمك في حظيرة، فإن كان مما يمكن أخذه بغير صيد، يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء وإثبات اليد عليه، ولهذا لو باعه جاز، وَإن كان لا يمكن أخذه إلا بصيد، لا يملكه صاحب الحظيرة؛ لأنه ما استولى عليه ولا يملك المباح إلا بالاستيلاء، ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه.

وعلى هذا سائر المباحات؛ كالطير إذا باضت أو فرخت في أرض إنسان؛ أنه يكون مباحًا، ويكون للآخذ لا لصاحب الأرض، سواء كان صاحب الأرض اتخذ له وكرًا أم لا.

وقال المتأخرون من مشايخنا ـ رحمهم الله ـ: إنه إن كان اتخذ له ملكًا له يسترده من الآخذ، وهذا غير سديد، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لِمَنْ أَخَذَهُ»؛ ولأن الملك في المباح إنما يثبت بالاستيلاء عليه، والآخذ هو المستولي دون صاحب الأرض وإن اتخذ له وكرًا، وكذلك صيد التجأ إلى أرض رجلٍ أو داره، فهو للآخذ؛ لما قلنا.

وَلَوْ رد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول، يملكه إن أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه؛ وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تَعَقُّلاً لا خلاص له، فهو لناصب الشبكة، سواء كانت الشبكة له أو لغيره؛ كمن أرسل بازي إنسان بغير إذنه فأخذ صيدًا، أو أغرى كلبًا لإنسان على صيد، فأخذه، فكان للمرسل والمغري لا لصاحبه، ولو نصب فسطاطًا فجاء صيد فتعقل به، فهو للآخذ.

ووجه الفرق أن نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد، ومباشر السبب الموضوع للشيء اكتساب له، فَأَمَّا نصب الفسطاط فما وضع لذلك، بل لغرض آخر، فتوقف الملك فيه على الاستيلاء والأخذ حقيقة، ولو حفر حفيرة فوقع فيها صيد، فإن كان حفرها لاجتماع الماء فيها، فهو للآخذ؛ لأنه بمنزلة الاصطياد، وَإن كان حَفَرَها للاصطياد بها، فهو له بمنزلة الشبكة.

وأما الآجام المملوكة في حكم القصب والحطب، فليس لأحدٍ أن يحتطب من أجمة رجل إلاَّ بإذنه؛ لأنَّ الحطب والقصب مملوكان لصاحب الأجمة ينبتان على ملكه، وَإن لم يوجد منه الإنبات أصلاً، بخلاف الكلأ في المروج المملوكة؛ لأن منفعة الأجمة هي القصب والحطب، فَكانَ ذلك مقصودًا من ملك الأجمة، فيملك بملكها.

فَأَمَّا الكَلأُ فغير مقصود من المرج المملوك، بل المقصود هو الزراعة، ولو أن بقارًا رعى بقرًا في أجمة مملوكة لإنسان، فليس له ذلك، وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب؛ لما ذكرنا أن منفعة الأجمة القصب والحطب، وهما مملوكان لصاحب الأجمة، وإتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان؛ بخلاف الكلأ في المروج؛ لأنه يثبت على الإباحة دون الملك؛ على ما بينا، والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة، ولا يجوز دفع الكلأ معاملة، والأصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الأرض، والكلأ لا.

وأما ما لا ينبت عادةً إلا بصنع العبد، كالقتة والقصيل وما بقي من حصاد الزرع ونحو ذلك في أرض مملوكة، يكون مملوكًا، ولصاحب الأرض أن يمنع غيره وَيَجُوُز بيعه ونحو ذلك؛ لأن الإنبات يعد اكتسابًا له فيملكه؛ ولأن الأصل أن يكون من المملوك مملوكًا، إلاَّ أن الإباحة في بعض الأشياء تثبت على مخالفة الأصل بالشرع، والشرع ورد بها في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها.

وأَمَّا أرض الموات، فالكلام فيها في مواضع: في تفسير الأرض الموات.

وفي بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات.

وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات، وما يثبت به الحق فيه دون الملك، وفي بيان حكمه إذا ملك.

أما الأول: فالأرض الموات هي أرض خارج البلد، لم تكن ملكًا لأحد ولا حقًّا له خاصاً، فلا يكون داخل البلد موات أصلاً، وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبًا بها لأهلها أو مرعى لهم، لا يكون مواتًا حتى لا يملك الإمام إقطاعها؛ لأن ما كان من مرافق أهل البلدة، فهو حق أهل البلدة؛ كفناء دارهم، وفي الإقطاع إبطال حقهم؛ وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها؛ مما لا يستغني عنها المسلمون، لا تكون أرض موات؛ حتى لا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد؛ لأنها حق لعامة المسلمين، وفي الإقطاع إبطال حقهم، وهذا لا يجوز، وهل يشترط أن يكون بعيدًا من العمران؟ شرطه الطحاوي ـ رحمه الله ـ فإنه قال وما قرب من العامر فليس بمواتٍ.

وكذا روي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ أن أرض الموات، بقعةٌ لو وقف على أدناها من العامِر رجلٌ، فنادى بأعلى صوته، لم يسمعه من العامر، وفي ظاهر الرواية ليس بشرط، حتى أن بحرًا من البدة جزر ماؤه أو أجمة عظيمة، لم تكن ملكًا لأحد، تكون أرض موات في ظاهر الرواية، وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن الموات اسم لما لا ينتفع به، فإذا لم يكن ملكًا لأحدٍ ولا حقًّا خاصًا، لم يكن منتفعًا به، كان بعيدًا عن البلدة أو قريبًا منها.

وأما بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات، فالإمام يملك إقطاع الموات من مصالح المسلمين؛ لما يرجع ذلك إلى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للإمام؛ لكري الأنهار العظام، وإصلاح قناطرها ونحوه.

ولو أقطع الإمام الموات إنسانًا؛ فتركه ولم يعمره، لا يتعرض له إلى ثلاث سنين، فإذا مضى ثلاث سنين، فقد عاد مواتًا، كما كان، وله أن يقطعه غيره؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لَيْسَ لِمُحْتَجِرٍ بَعْدَ ثَلاَثِ سِنِينَ حَقٌّ»[1] ولأن الثلاث سنين مدة لإبلاء الأعذار، فإذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها، دَلَّ على أنه لا يريد عمارتها، بل تعطيلها، فبطل حقه وتعود إلى حالها مواتًا، وكان للإمام أن يعطيها غيره.

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٠ ـ ٢٩١) رواه أبو يوسف في «كتاب الخراج» حدثنا الحسن بن عمارة عن الزهري عن سعيد بن المسيب، قال: قال عمر: من أحيى أرضاً ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين، انتهى. والحسن بن عمارة ضعيف، وسعيد عن عمر فيه كلام، وروى حميد بن زنجويه النسائي في «كتاب الأموال» حدثنا ابن أبي عباد ثنا سفيان بن عيينة عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جهينة أرضاً، فعطلوها وتركوها، فأخذها قوم آخرون، فأحيوها، فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب. فقال: لو كانت قطيعة مني، أو من أبي بكر لم أرددها، ولكنها من رسول الله ﷺ. وقال: من كانت له أرض. فعطلها ثلاث سنين، لا يعمرها، فعمرها غيره، فهو أحق بها انتهى.

وأما بيان ما يثبت به الملك في الموات وما لا يثبت ويثبت به الحق، فالملك في الموات يثبت بالإحياء بإذن الإمام عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهم الله تعالى ـ يثبت بنفس الإحياء، وإذن الإمام ليس بشرط.

وجه قولهما قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ فِيهِ حَقٌّ»[1] أثبت الملك للمحيي من غير شريطة إذن الإمام؛ ولأنه مباح استولى عليه، فيملكه

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٣) كتاب الأقضية: باب القضاء في عمارة الموات حديث (٢٦) عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً.

قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨٠): وهذا الحديث مرسل عند جماعة الرواة عن مالك لا يختلفون في ذلك، واختلف فيه على هشام فروته عنه طائفة عن أبيه مرسلاً ـ كما رواه مالك وهو أصح ما قيل فيه ـ إن شاء الله ورويته طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر وروته طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر وبعضهم يقول فيه عن هشام عن عبيد الله بن أبي رافع عن جابر وفيه اختلاف كثير. . . . اهـ.

وقد روى هذا الحديث مرسلاً أيضاً أبو عبيد القاسم بن سلام في «الأموال» (ص ـ ٢٦٤) رقم (٧٠٤) من طريق سعيد بن عبد الرحمن الجمحي وأبو معاوية كلاهما عن هشام بن عروة به وأخرجه مرسلاً أيضاً البيهقي (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات: باب من أحيا أرضاً ميتة من طريق سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة به.

فاتفق هنا مالك وسفيان بن عيينة وأبو معاوية وسعيد بن عبد الرحمن الجمحي في رواية هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً.

وقد توبع هشام بن عروة أيضاً في روايته لهذا الحديث تابعه أخوه يحيى بن عروة عن أبيه مرسلاً.

أخرجه أبو عبيد في «الأموال» (ص ـ ٢٦٤ ـ ٢٦٥) رقم (٧٠٧) والبيهقي (٦/ ١٤٢) من طريق محمد بن إسحاق عن يحيى بن عروة به.

وقد خالف هؤلاء كلهم إسماعيل بن أبي أويس وابن الأجلح أما مخالفة إسماعيل بن أبي أويس.

أخرجها أبو يعلى كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٨٨) قال: حدثنا زهير ثنا إسماعيل بن أبي أويس حدثني أبي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق».

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٠ ـ ١٦١) وقال: رواه كله الطبراني في الأوسط بإسنادين في أحدهما عصام بن داود بن الجراح قال الذهبي لينه أبو أحمد الحاكم وبقية رجاله ثقات وفي إسناد الآخر راو كذاب. اهـ.

أما مخالفة ابن الأجلح.

أخرجها القضاعي في «مسند الشهاب» (٢/ ٢٠٣) رقم (١١٨٧) من طريق يحيى بن المنذر ثنا ابن الأجلح عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به.

وقد توبع هشام على هذا الحديث أيضاً تابعه الزهري عن عروة عن عائشة به.

أخرجه أبو داود الطيالسي (١٣٩٥) والدارقطني (٤/ ٢١٧) كتاب الأقضية رقم (٥٠) والبيهقي (٦/ ١٤٢) =

....

= كتاب إحياء الموات: باب من أحيا أرضاً ميتة وابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨٣) كلهم من طريق زمعة بن صالح عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله والبلاد بلاد الله فمن أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له وليس لعرق ظالم حق».

وزمعة بن صالح.

قال البخاري في «التاريخ الكبير» (٣/ ١٥٠٥): يخالف في حديثه تركه ابن مهدي أخيراً.

وقال في «علل الترمذي» (ص ـ ١٥٨): وهو منكر الحديث كثير الغلط وقال الترمذي في «السنن» (٣٧٨٤): ضعفه بعض أهل الحديث من قبل حفظه وقال النسائي في «الضعفاء والمتروكين» (٢٢٠): ليس بالقوي مكي كثير الغلط عن الزهري.

والحديث ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٧٤) رقم (١٤٢٢) وقال: سألت أبي عن حديث رواه أبو داود عن زمعة عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله والبلاد بلاد الله من أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له وليس لعرق ظالم حق»، قال أبي: هذا حديث منكر إنما يرويه من غير حديث الزهري عن عروة مرسلاً. اهـ.

وقال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨٣): هذا الاختلاف على عروة يدل على أن الصحيح في إسناد هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك ومن تابعه. اهـ.

لكن لهذا الحديث شاهد من حديث فضالة بن عبيد.

ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٠) عنه قال: قال رسول الله ﷺ «الأرض أرض الله والعباد عباد الله من أحيا مواتاً فهو له».

قال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الصحيح. اهـ.

«ذكر الاختلاف على هشام في هذا الحديث وتوضيح كلام ابن عبد البر».

قال ابن عبد البر: ورونه طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد ـ وهذا الطريق أخرجه الترمذي (٣/ ٦٥٣) كتاب الأحكام: باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات حديث (١٣٧٨) وأبو داود (٢/ ١٩٤) كتاب الخراج والفيء والإمارة: باب في إحياء الموات حديث (٣٠٧٣) وأبو يعلى (٢/ ٢٥٢) رقم (٩٥٧) والبزار كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٨٩) والبيهقي (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات: باب من أحيا أرضاً ميتة وابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨١) كلهم من طريق عبد الوهاب الثقفي عن أيوب عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد. عن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق».

وقال الترمذي: حسن غريب وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً..

وقال البزار: لا نعلم أحداً قال: عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد إلا عبد الوهاب عن أيوب عن هشام.

وقد حكم الألباني في «الإرواء» (٥/ ٣٥٤) على هذا الطريق بالشذوذ لمخالفة مالك ومن معه في روايته مرسلاً.

وكلام البزار عقب الحديث يشعر بهذا الشذوذ.

قال ابن عبد البر: ورونه طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر. =

....

= أخرجه الترمذي (٣/ ٦٥٣) كتاب الأحكام: باب ذكر ما جاء في إحياء الأرض الموات حديث (١٣٧٨ ـ مكرر) وأحمد (٣/ ٣٠٤) وأبو يعلى (٤/ ١٣٩) رقم (٢١٩٥) وابن حبان (١١٣٩ ـ موارد) من طرق عن هشام بن عروة عن وهب بن كيسان عن جابر أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له قال الترمذي: حسن صحيح».
وصححه ابن حبان.
وقال الألباني في «الصحيحة» (٢/ ١٠٧): وهذا إسناد صحيح على شرط الشيخين.
وزاد في الإرواء (٦/ ٤): ولا يضر اختلاف الرواة في إسناده على هشام لاتفاق جماعة من الثقات على روايته عنه هكذا ومن الظاهر أن لهشام فيه عدة أسانيد هذا أحدها.
قال ابن عبد البر: وروته طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر.
أخرجه أحمد (٣/ ٣٢٧) والدارمي (٢/ ٢٦٧) كتاب البيوع باب من أحيا أرضاً ميتة فهي له وأبو عبيد في «الأموال» (ص ـ ٢٦٤) رقم (٧٠٢) وابن حبان (١١٣٧ ـ موارد) من طريق هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر به. وعبيد الله بن عبد الرحمن ذكره ابن حبان في الثقات وقال الحافظ في «التقريب» (١/ ٥٣٦): مستور.
وينتهى إلى هنا توضيح كلام ابن عبد البر وهناك وجوه أخر في الاختلاف على هشام بن عروة في هذا الحديث.
فقد أخرجه الطبراني في «الأوسط كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٨٩) من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق».
قال الطبراني: تفرد به مسلم بن خالد عن هشام عن أبيه عن عبد الله بن عمرو وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦١) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه مسلم بن خالد الزنجي وثقه ابن معين وغيره وضعفه أحمد وغيره.
وفي الباب عن جماعة من الصحابة منهم عمرو بن عبيد وفضالة بن عبيد وسمرة وعبادة بن الصامت وأبو أسيد وابن عباس.
حديث عمرو بن عوف.
أخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٠) من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه.
عن جده مرفوعاً بمثل حديث سعيد بن زيد.
وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير وفيه كثير بن عبد الله وهو ضعيف.
والحديث ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٠) وعزاه لابن أبي شيبة والبزار في مسنديهما والطبراني في معجمه.
حديث فضالة بن عبيد تقدم تخريجه.
حديث سمرة.
أخرجه أبو داود (٢/ ١٩٥) كتاب الخراج والفيء والإمارة: باب في إحياء الموات حديث (٣٠٧٧) وأحمد (٥/ ١٢، ٢١). والطيالسي (٩٠٦) وابن أبي شيبة (٧/ ٧٦) وابن الجارود (١٠١٥) والبيهقي (٦/ ١٤٨) =

بدون إذن الإمام؛ كما لو أخذ صيدًا أو حش كلأ، وقوله عليه الصلاة والسلام لَيْسَ لِعِرق ظَالِم فِيهِ حَقٌّ»، روي مُنَوَّنًا وَمُضَافًا، فالمنونُ هو أن تنبت عروق أشجار إنسان في أرض غيره بغير إذنه، فلصاحب الأرض قلعها حشيشًا.

ولأبي حنيفة الرحمة - مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قَالَ: «لَيْسَ لِلْمَرْءِ إلاَّ ما طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ»[1] فإذا لم يأذن، فلم تطب نفسه به، فلا يكون له؛ ولأن الموات غنيمة، فلا بد للاختصاص به من إذن الإمام؛ كسائر الغنائم.

والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بإيجاف الخيل والركاب والموات؛ كذلك لأن الأرض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب، استولى عليها المسلمون عنوةً وقهرًا، فكانت كلها غنائم، فلا يختص بعض المسلمين بشيء منها من غير إذن الإمام؛ كسائر الغنائم، بخلاف الصيد والحطب والحشيش؛ لأنها لم تكن في يد أهل الحرب، فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء. وإثبات اليد عليها.

وأما الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعًا، ويحتمل أنه أذن جماعة بإحياء الموات بذلك النظم، ونحن نقول بموجبه، فلا يكون حجة مع الاحتمال.

نظير قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ»[2] حتى لم يصح الاحتجاج به

= من طرق عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال قال نبي الله ﷺ: «من أحاط على شيء فهو أحق به» وزاد بعضهم: «وليس لعرق ظالم حق».

حديث عبادة بن الصامت.

أخرجه أحمد (٥/ ٣٢٦ - ٣٢٧) من طريق إسحاق بن يحيى بن الوليد عن عبادة بن الصامت قال: «إن من قضاء رسول الله ﷺ أنه ليس لعرق ظالم حق».

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٧٧) وقال: رواه الطبراني في الكبير وإسحاق بن يحيى لم يدرك عبادة.

حديث أبي أسيد.

أخرجه يحيى بن آدم في «الخراج» (٢٧٦).

حديث ابن عباس.

أخرجه الطبراني كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٠) وابن عدي في «الكامل» (٥/ ٥١) من طريق عمر بن رياح عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهو أحق بها».

قال ابن عدي: عمرو بن رياح هو مولى ابن طاوس ويروى عن ابن طاوس بالبواطيل ما لا يتابعه أحد عليه والضعف بين على حديثه. . اهـ.

وبالجملة فالحديث صحيح وقد صححه الألباني في «الإرواء» (٥/ ٣٥٤)، (٦/ ٤).

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٠)، وقال: رواه الطبراني، وفيه ضعف من حديث معاذ.

(٢) تقدم.

في إيجاب السلب للقاتل، على ما ذكر في «كتاب السير» أو يحمل ذلك على حال الإذن؛ توفيقاً بين الدلائل، ويملك الذمي بالإحياء؛ كما يملك المسلم لعموم الحديث.

ولو حجر الأرض الموات لا يملكها بالإجماع؛ لأن الموات يملك بالإحياء؛ لأنه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها، وشيء من ذلك ليس بإحياء، فلا يملكها، ولكن صار أحق بها من غيره، حتى لم يكن لغيره أن يزعجه؛ لأنه سبقت يده إليه، والسبق من أسباب الترجيح في الجملة؛ قال النبيُّ ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «مِنًىٰ مُبَاحُ مَنْ سَبَقَ»[1].

وعلى هذا المسافر إذا نزل بأرض مباحة أو رباط، صار أحق بها، ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعجه عنها، وَإِذا صار أحق بها، فلا يقطعها الإمام غيره إلاَّ إذا عطلها المتحجر ثلاث سنين، ولم يعمرها.

وأما بيان حكم أرض الموات إذا ملكت، فيختص بها حكمان:

أحدُهما: حكم الحريم.

والثاني: الوظيفة من العشر والخراج، أما الأول فالكلام فيه في موضعين، أحدُهما: في أصل الحريم، والثاني: في قدره.

أما أصله فلا خلاف في أن من حفر بئرًا في أرض الموات يكون لها حريم؛ حتى لو أراد أحد أَنْ يحفر في حريمه له أن يمنعه؛ لأن النبيَّ ـ عليه الصلاة والسلام ـ جَعَلَ للبئر حريمًا؛

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢١٢) كتاب المناسك، باب: «تحريم حرم مكة»، حديث (٢٠١٩) والترمذي (٣/ ٢١٩) كتاب الحج، باب: «ما جاء أنه منى مناخ من سبق»، حديث (٨٨١).
وابن ماجه (٢/ ١٠٠) كتاب «المناسك»، باب: النزول بمنى، حديث (٣٠٠٦، ٣٠٠٧).
والدارمي (٢/ ٧٣) كتاب المناسك، باب: «كراهية البنيان بمنى».
والحاكم (١/ ٤٦٦ ـ ٤٦٧). وابن خزيمة (٤/ ٢٨٤) (٢٨٩١).
والبيهقي (٥/ ١٣٩) كتاب الحج، باب: «النزول بمنى».
كلهم من طريقين عن إسرائيل عن إبراهيم بن مهاجر عن يوسف بن ماهك عن أمه مسيكة عن عائشة رضي الله عنها ـ قالت: قيل: «يا رسول الله ﷺ ـ ألا تبني لك بمنى بناءً يظلك قال: لا؛ منى مناخ من سبق».
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
قلت فيه مسيكة، قال عنها الحافظ في التقريب (٨٧٨١): لا يعرف حالها، وبقية إسناده رجاله ثقات.

وكذلك العين لها حريم بالإجماع؛ لأنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ جعل لكل أرض حريمًا، وأما النهر فقد ذكرنا الكلام فيه، وأما تقديره فحريم العين خمسمائة ذراع بالإجماع، وبه نطقت السنة، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لِلْعَيْنِ خَمْسُمائَةِ ذِرَاعٍ»[1] وحريم بئر العطن أربعون

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٢): غريب. وأخرجه أبو داود في مراسيله (٤٠٢) مرسلاً، قال: حدثنا محمد بن كثير حدثنا سفيان الثوري عن إسماعيل بن أمية عن الزهري عن سعيد بن المسيب، قال: قال رسول الله ﷺ: «حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم بئر البدي خمس وعشرون ذراعاً».

وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٤/ ٣٨٩) كتاب «البيوع والأقضية»، باب: في حريم الآبار كم يكون ذراعاً من طريق عبد الأعلى عن معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب... فذكره من كلامه وزاد فيه: «وحريم الزرع ثلاثمائة ذراع».

قال الزهري: وبلغني أن حريم العين خمسمائة ذراع.

وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٠) والحاكم (٤/ ٩٧) مرفوعاً من حديث الزهري عن سعيد عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ.... فذكره بنحوه.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣): قال عليه السلام: «حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً»؛ قلت: غريب؛ وأخرج أبو داود في «مراسيله» عن الزهري عن سعيد بن المسيب، قال: قال رسول الله ﷺ: «حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم بئر البدي خمس وعشرون ذراعاً»، قال سعيد من قبل نفسه: وحريم قليب الزرع ثلثمائة ذراع، وزاد الزهري: وحريم العين خمسمائة ذراع من كل ناحية، فهذا حريم ما يأذن به السلطان، إلا أن يكون القوم في أرض أسلموا عليها وابتاعوها، انتهى. ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه ـ في أثناء البيوع» حدثنا وكيع عن سفيان عن إسماعيل بن أمية عن الشعبي عن سعيد بن المسيب، قال: قال رسول الله ﷺ، فذكره بدون زيادة الزهري، وكذلك رواه عبد الرزاق في «مصنفه ـ في أواخر البيوع» أخبرنا محمد بن مسلم ثنا يحيى بن سعيد عن ابن المسيب، قال: جعل رسول الله ﷺ حريم البئر المحدثة خمسة وعشرين ذراعاً، وحريم البئر العادية خمسين ذراعاً، قال ابن المسيب: وأرى أنا حريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع، انتهى. وأخرجه الدارقطني في «سننه» عن الحسن بن أبي جعفر عن معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ، قال: قال رسول الله ﷺ: «حريم البئر البدي خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم العين السائحة ثلثمائة ذراع، وحريم عين الزرع ثلثمائة ذراع»، انتهى. وابن أبي جعفر ضعيف، ثم أخرجه عن محمد بن يوسف المقري ثنا إسحاق بن أبي حمزة ثنا يحيى بن أبي الخصيب ثنا هارون بن عبد الرحمن عن إبراهيم بن عبلة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً نحوه؛ وقال: الصحيح عن ابن المسيب مرسل، ومن أسنده فقد وهم، انتهى. وأخرج الحاكم في «المستدرك ـ في كتاب الأحكام» عن إسماعيل بن أمية عن الزهري عن سعيد بن المسيب يبلغ به النبي ﷺ، قال: حريم قليب العادية خمسون ذراعاً، وحريم قليب البادي خمسة وعشرون ذراعاً، انتهى. قال: وأسنده عمر بن قيس عن الزهري، ثم أخرجه عن عمر بن قيس عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ، قال: «حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم البئر المحدثة خمسة وعشرون ذراعاً»، انتهى. وسكت عنه. قال عبد الحق في «أحكامه»: والمرسل أشبه.

ذراعًا بالإجماع، نطقت به السنة، قال النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «وَحَرِيمُ بِئْرِ العَطَنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا»(١).

وأما حريم بئر الناضح، فقد اختلف فيه، عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أربعون ذراعًا، وعندهما ستون ذراعًا، احتجًا بما رُوِيَ عن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: «وَحَرِيمُ بِئْرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِراعًا»(٢)

وجه قول أبي حنيفة أن الملك في الموات يثبت بالإحياء بإذن الإمام أو بغير إذنه، ولم يوجد منه إحياء الحريم، وكذا إذن الإمام يتناول الحريم مقصودًا، إلاَّ أن دخول الحريم لحاجة البئر إليه، وحاجة الناضح تندفع بأربعين ذراعًا من كل جانب؛ كحاجة العطن، فبقي الزيادة على ذلك على حكم الموات، والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك في بئر خاصٍّ، وللإمام ولاية ذلك.

وأما حريم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره، فعند أبي يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب، النصف من هذا الجانب، والنصف من ذلك الجانب، وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه.

وأما النهر إذا حفر أرض الموات، فمنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه، والصحيحُ أن له حريمًا بلا خلافٍ لما قلنا.

وأما الثاني: حكم الوظيفة؛ فإن أحياها مسلم، قال أبو يوسف: إن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية، وَإن كانت من حيز أرض الخراج، فهي خراجية.

وقال محمد: إن أحياها بماء العشر فهي عشرية. وَإن أحياها بماء الخراج فهي خراجية، وإن أحياها ذمي فهي خراجية، كيف ما كان؛ بالإجماع، وهي من مسائل «كتاب العشر» و«الخراج»، والله عزَّ شأنه أعلم.

(١) ينظر تخريج السابق.

(٢) ينظر تخريج السابق.

كِتَابُ المَفْقُودِ

الكلام في المفقود يَقَعُ في أربعة مواضع:

في تفسير المفقود.

وفي بيان حاله.

وفي بيان ما يصنع بماله.

وفي بيان حكم ماله.

أما الأول: فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حَيٌّ أم ميت.

فَصْلٌ في حال المفقود

وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا ـ رحمهم الله ـ عن حاله أنه حي في حق نفسه، ميت في حق غيره، والشخصُ الواحد لا يكون حيًا وميتًا حقيقة؛ لما فيه من الاستحالة، ولكن معنى هذه العبارة أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله، ولا تبين امرأته؛ كأنه حي حقيقة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، فلا يرث أحدًا؛ كأنه ميت حقيقة؛ لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يصلح لإثبات ما لم يكن، وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان، واستصحبنا حال الحياة لإبقائه، وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن، فتقع الحاجة إلى الإثبات، واستصحاب الحال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن.

وتحقيق العبارة عن حاله أن حَالَهُ/ غير معلوم، يحتمل أنه حي، ويحتمل أنه ميت، وهذا يمنع التوارث والبينونة؛ لأنه إن كان حَيًّا يرث أقاربه، ولا يرثونه، ولا تبين امرأته.

وإن كان ميتًا لا يرث أقاربه ويرثونه، والإرث من الجانبين أمرٌ لم يكن ثابتًا بيقين، فوقع الشك في ثبوته، فلا يثبت بالشك والاحتمال؛ وكذلك البينونة؛ على الأصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك.

فإذا مات واحدٌ من أقاربه يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله أنه حيٌّ أم ميت؛ لاحتمال الحياة والموت للحال، حتى أن من هلك وترك ابنًا مفقودًا وابنتين وابن ابن، وطلبت الابنتان الميراث، فإن القاضي يقضي لهما بالنصف، ويوقف النصف الثاني[1] إلى أن يظهر حاله، لأنه إن كان حَيًّا كان له النصف، والنصف للابنتين، ولا شيء لابن الابن، وَإن كان ميتًا كان للابنتين الثلثان، والباقي لابن الابن، فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتًا بيقين، فيدفع ذلك إليهما، ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله، فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته، يدفع الثلثان إليهما، والباقي لابن الابن، وكذا لو أوصى له بشيء يوقف، وكذا إذا فقد المرتد ولا يدري أنه لحق بدار الحرب أم لا [، توقف تركته كالمسلم][2]

فَصْلٌ فيما يُصنع بماله

وأما بيان ما يصنع بماله، فالذي يصنع أنواعٌ: منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ؛ لأنه مال لا حافظ له؛ لعجز صاحبه عن الحفظ، فيحفظ عليه القاضي نظرًا له؛ كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا وليَّ لهما.

ومنها: أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه؛ لأن ذلك حفظ له معنى، ولا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه؛ لأن يدهما يد نيابة عنه في الحفظ، فكان محفوظًا بحفظه معنى، فلا حاجة إلى حفظ القاضي.

ومنها: أنه ينفق على زوجته من ماله إن كان عالمًا بالزوجية؛ لأن الإنفاق عليها إحياء لها، فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه، فيملكه كما يملك حفظ ماله.

ومنها: أنه ينفق من ماله على أولاده/ الصغار الذكور والإناث، وعلى أولاده الفقراء الزمنى[3] من الذكور والفقيرات من الإناث، سواء كُنَّ زمنى أو لا، وعلى أولاده[4] المحتاجين إن كان عالمًا بالنسب؛ لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية، والبعضية إحياء لهم، وإحياء نفسه واجب؛ فكذا إحياء جزئهِ وكله، فكان الإنفاق عليهم من ماله إحياء لهم معنى، وهو عاجز عن ذلك بنفسه، فيقوم به القاضي.

(١) في ب: نصيب الآخر.
(٢) في ب: يوقف ميراثه كالمسلم.
(٣) الزمنى: المرضى مرضاً يدوم.
(٤) في ط: والديه.

وَإن لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب، فأحضروا رجلاً في يده مال وديعة للمفقود، أو مضاربة، أو عليه دين له، فأقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب، أنفق عليهم من ذلك المال؛ لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبيُّ ﷺ لهند امرأة[1] أبي سفيان: «خُذِي مِنْ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ»[2] فإذا أقرَّ هذا ماله وهذه امرأته، ثبَت لها حق الأخذ؛ وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة، فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثَبَتَ لهم حق الأخذ، وهذا قول أصحابنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ.

وعند زفر ـ رحمه الله ـ ليس للقاضي ذلك؛ لكونه قضاء على الغائب، ونحن نقول: ليس هذا من باب القضاء على الغائب، بل هو من باب النظر للغائب، وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في «كتاب النفقات».

ولو أخذ القاضي منهم كفيلاً كان حسنًا؛ لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البينة على أنه كان طلق امرأته، أو كان أعطاهم[3] النفقة معجلة، هذا إذا أقر الرجل بهما، فأما إذا أنكرهما جميعًا، أو أقر بأحدهما دون الآخر، فأقاموا البينة على ذلك ـ لا تسمع بينتهم؛ لأنه يكون قضاء على الغائب، وله من غير أن يكون عنه. وله خصم حاضر؛ لأن المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب في إثبات الزوجية وإيجاب النفقة عليه؛ وكذا الأولاد والوالدون والمرأة، ليسوا خصماء[4] للغائب في إثبات ملك المال له، وكل ذلك لا يجوز، فإن أعطوهم شيئًا فهو من مال أنفسهم؛ لأنهم متطوعون في ذلك، ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوي الأرحام؛ لأن نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها، بل بطريق الصلة والبر بهم والإحسان/إليهم. ب

ألاَ ترى أنهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخذوا من ماله عند حاجتهم إليه؛ بخلاف الوالدين والمولودين فَكَانَ الإنفاق [عليهم][5] من ماله قضاء على الغائب، والأصل أن كل مال ثبت حق الأخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي، له أن ينفق منه، وما لا يثبت حق الأخذ منه إلا بقضاء، ليس للقاضي أن ينفق منه،/ثم القاضي إنما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا إذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعامًا أو ثيابًا هي من جنس كسوتها.

/ فأما إذا كان من جنس آخر من العروض والعقار، فلا ينفق؛ لأنه لا يمكنه الإنفاق إلا

(١) في ط: لامرأة.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) في ب: أوفاهم.
(٤) في ب: أحدهم خصماً.
(٥) سقط في ط.

بالبيع، وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالإجماع؛ لأن البيع على الغائب في معنى الحجر عليه، والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما إن جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب؛ لأن الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين، ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة؛ لما لم يعرف منه الامتناع من الإنفاق، فافترق الحالان، وإنما ملك بيع ما يتسارع إليه الفساد؛ لأن ذلك وَإن كان بيعًا صورة، فهو حفظ وإمساك له معنى، والقاضي يملك حفظ مال المفقود، وأما الأب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير إذن القاضي بالإجماع، وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من [غير أمر][1] القاضي، وعندهما لا يبيع المنقول؛ كما لا يبيع العقار؛ لما علم في «كتاب النفقات»، والله تعالى أعلم.

فصل في حكم مال المفقود

وأما حكم ماله، فهو أنه إذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش إليها عادةً؛ يحكم بموته، ويعتق أمهات أولاده ومدبروه[2] وتبين امرأته، ويصير ماله ميراثًا لورثته الأحياء. وقت الحكم، ولا شيء لمن مات قبل ذلك، ولم يقدر لذلك المدة في ظاهر الرواية تقديرًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها[3] بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته، وذكر محمد في الأصل أنه فقد رجل بـ «صفين» أو بـ «الجمل» ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ فقسم بينهم، وقيل: كانت وفاة سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ في سنة/أربعين، ووفاة أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ في سنة مائة وخمسين. وروي عن محمد ـ رحمه الله ـ أنه قدرها بمائة سنة. فإذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته، وتثبت جميع الأحكام المتعلقة بالموت؛ كما إذا قامت البينة على موته، والله سبحانه وتعالى أعلم. أ

(١) في ب: إذن.
(٢) في طـ: ومدبره.
(٣) في طـ: بالمدة.

كِتَابُ اللَّقِيطِ[1]

الكلامُ في اللقيط في مواضع: في تفسير اللقيطة لغةً وعرفًا.

وفي بيان حاله.

وفي بيان ما يتعلق به من الأحكام.

أما [تفسيره][2] في اللغة: فهو فعيل من اللقط، وهو اللقاء بمعنى المفعول، وهو الملقوط، وهو الملقى أو الأخذ والرفع بمعنى الملقوط، وهو المأخوذ والمرفوع عادةً؛ لما أنه يؤخذ فيرفع.

وأما في العرف فنقولُ: هو اسم للطفل المنبوذ[3] وهو الملقى، أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة [لما أنه يرفع ويؤخذ عادة][4]، فكان تسميته لقيطًا باسم العاقبة؛ لأنه يلقط

---

(١) اللَّقِيطُ لغةً: ما يُلْقَطُ أي: يرفع من الأرض، وقد غلب على الصبي المنبوذ، وفي «الصحاح»: المنبوذ: الصبي الذي تلقيه أمه في الطريق.
انظر: الصحاح ٢/ ٥٧١، والمصباح المنير ٢/ ٨٥٨، والمغرب ٢/ ٢٤٧.
اصطلاحاً:
عرفه الحنفية بأنه: اسم لحي مَوْلُودٍ، طرحه أهله؛ خوفاً من العَيْلَةِ، أو فراراً من تهمة الزنا.
عرفه الشّافعية بأنه: طفل تبيذٌ بنحو شارع لا يعرف له مدّعٍ، وطفل باعتبار الغالب، وإلا فقد يكون صغيراً مميزاً.
عرفه المالكية بأنه: صغير أدميّ، لم يعرف أبوه، ولا رقّه.
عرفه الحنابلة بأنه: طفلٌ لا يعرف نسبه، ولا رقه، نُبِذَ أو ضَلّ عن الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز، على الصحيح من المذهب.
وقيل: المميز لقيط.
انظر: شرح فتح القدير ٦/ ١٠٩ ـ ١١٠، مغني المحتاج ٢/ ٤١٨، نهاية المحتاج ٥/ ٤٤٢، كشاف القناع ٤/ ٢٢٦.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: المفقود.

(٤) سقط في ط.

عادةً، أي: يؤخذ ويرفع، وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة؛ قال الله ـ تعالى، جَلَّ شأنه ـ: ﴿إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا﴾ [يوسف:٣٦]، وقال الله ـ تعالى، جَلَّ شأنه: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ﴾ [الزمر:٣٠] سمي العنب خمرًا، والحي الذي يحتمل الموت ميتًا باسم العاقبة؛ كذا هذا.

فصل في بيان حال المفقود

وأما بيان حاله، فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها: حاله في الحرية والرق [وحاله في الإسلام والكفر][1] وحاله في النسب.

أما حاله في الحرية والرق، فهو أنه حُرٌّ من حيث الظاهر؛ كذا روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي ـ رضي الله عنهما ـ أنهما حَكَما بكون اللقيط حُرًا؛ ولأن الأصل هو الحرية في بني أدم؛ لأن الناس كلهم أولاد سيدنا آدم ـ عليه الصلاة والسلام ـ وحواء، وهما كانا حرين، والمتولد من الحرين يكون حُرًّا، وَإنما حدث الرق في البعض شرعًا بعارض الاستيلاء، بسبب عارض، وهو الكفر الباعث على الحراب، فيجب العمل بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض[2]، فرتب عليه أحكام الأحرار من: أهلية الشهادة، والإعتاق، والتدبير، والكتابة، واستحقاق الحد على قاذفه، وغير ذلك من الأحكام المختصة بالأحرار؛ إلا أنه لا يحد قاذف أمه؛ لأن إحصان المقذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف، ولم يعرف إحصانها لانعقاد القذف عليه؛ لوجوب/ الحد على القاذف. ب

وَلَوْ ادَّعَىٰ الملتقط أو غيره أنه عبده لا يسمع منه إلا ببينة؛ لأن حريته ثابتة من حيث الظاهر، فلا يقدر على إبطال هذا الظاهر إلا بدليل، ولو بلغ فأقر أنه عبد فلان، نظر في ذلك: إن كان لم يجر عليه شيءٌ من أحكام الأحرار بعد قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه ـ صح إقراره؛ لأنه لم تعرف حريته إلا بظاهر الحال، فإذا أقرَّ بالرق، [فالظاهرُ أنه][3] لا يقر

---

(١) سقط في ط.

(٢) اللقيط حر في قول عامة أهل العلم، إلا النخعي. قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر. روي هذا القول عن عمر وعليٍّ، رضي الله عنهما. وبه قال عمر بن عبد العزيز، والشعبي والحكم، وحماد، ومالك، والثوري والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ومن تبعهم. وقال النخعي: إن التقطه للحسبة، فهو حرٌّ، وإن كان أراد أن يسترقه، فذلك له. وذلك قولٌ شذ فيه عن الخلفاء والعلماء، ولا يصح في النظر؛ فإن الأصل في الآدميين الحرية، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً، وإنما الرق لعارض، فإذا لم يعلم ذلك العارض، فله حكم الأصل. ينظر: المغني (٨/ ٣٥٠ ـ ٣٥١).

(٣) في ب: والإنسان.

على نفسه بالرق كاذبًا، [ظاهرًا][1] فصح إقراره، إلا أنه لا يعتبر في إبطال ما يفعله من التصرفات؛ من: الهبة، والكفالة، والإعتاق، والنكاح؛ ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنفسخ، وهذا عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ في أحد قوليه: ينفسخ، وجه قوله إنه لما أقر بالرق فقد ظهر أنه كان رقيقًا وقت التصرف، فلم يصح تصرفه؛ كما إذا قامت البينة على رقه.

ولنا أن هذا إقرار تضمن إبطال حق الغير؛ لأن حريته ثابتة من حيث الظاهر، فلا يصدق في حق ذلك الغير؛ لما عرف أن الإقرار تصرف في نفس المقر فإذا تضمن إبطال حقه حق الغير، كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك الوجه، فيصدق على نفسه لا على غيره؛ كمن أقر بحرية عبد إنسان ثم اشتراه، عتق عليه، ولا يرجع بالثمن على البائع؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

والاستدلال بالبينة غير سديد؛ لأن الشاهد غير متهم في شهادته على غيره، فأما المقر في إقراره على غيره فمتهم، فهو الفرق.

وإن كان قد أجري عليه شيء من ذلك، لا يصح إقراره؛ لأنه إذا أجري عليه شيء من أحكام الأحرار فقد ظهرت حريته عند الناس كافة، فظهر أنه حر الأصل، فلا يملك إبطالها بالإقرار بالرق.

وأما حاله في الإسلام والكفر، فإن وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين[2]، أو في

---

(١) سقط في ط.

(٢) قال ابن قدامة ولا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار الإسلام، أو في دار الكفر، فأما دار الإسلام فضربان؛ أحدهما، دار اختطَّها المسلمون، كبغداد والبصرة والكوفة، فلقيط هذه محكوم بإسلامه، وإن كان فيها أهل الذمة تغليباً للإسلام ولظاهر الدار، ولأن الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه. الثاني، دارٌ فتحها المسلمون، كمدائن الشام، فهذه إن كان فيها مسلمٌ واحدٌ حكم بإسلام لقيطها، لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم، تغليباً للإسلام، وإن لم يكن فيها مسلمٌ، بل كل أهلها ذمة حكم بكفره؛ لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال. وأما بلد الكفار فضربان أيضاً؛ أحدهما، بلد كان للمسلمين، فغلب الكفار عليه، كالساحل، فهذا كالقسم الذي قبله، إن كان فيه مسلمٌ واحدٌ حكم بإسلام لقيطه، وإن لم يكن فيه مسلمٌ فهو كافر. وقال القاضي: يحكم بإسلامه أيضاً؛ لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمنٌ يكتم إيمانه، بخلاف الذي قبله، فإنه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الإسلام. وإن كان في بلدٍ كان للمسلمين، ثم غلب عليه المشركون، ثم ظهر عليه المسلمون، وأقروا فيه أهله بالجزية، فهذا كالقسم الثاني من دار الإسلام. الثاني، دار لم تكن للمسلمين أصلاً، كبلاد الهند والروم، فإن لم يكن فيها مسلمٌ، فلقيطها كافر؛ لأن الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم، احتمل أن يحكم بإسلامه، تغليباً للإسلام، واحتمل أن يحكم بكفره، تغليباً للدار والأكثر. وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي. قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم، على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين، =

قرية من قراهم - يكون مسلمًا، حتى لو مات يغسل، ويصلى عليه، ويدفن في مقابر المسلمين، وَإن وجده ذمي في بيعةٍ، أو كنيسةٍ، أو في قرية ليس فيها مسلمٌ يكون ذميًّا؛ تحكيمًا للظاهر؛ كما[1] إذا وجده مسلم في بيعة، أو كنيسة، أو في قرية من قرى أهل الذمة - يكون/ ذميًّا. أ

ولو وجده ذمي في مصر من أمصار المسلمين، أو في قرية من قراهم يكون مسلمًا؛ كذا ذكر في «كتاب اللقيط» من الأصل واعتبر المكان وروى ابن سماعة عن محمد أنه اعتبر حال الواجد من كونه مسلمًا أو ذميًّا.

وفي كتاب الدعوى اعتبر الإسلام إلى أيهما نسب إلى الواجد أو إلى المكان.

والصحيحُ رواية هذا الكتاب؛ لأن الموجود في مكان هو في أيدي أهل الإسلام وتصرفهم في أيديهم، واللقيط الذي هو في يد المسلم وتصرفه يكون مسلمًا ظاهرًا، والموجودُ في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم، واللقيط الذي هو في يد الذمي وتصرفه يكون ذميًّا ظاهرًا، فكان اعتبار المكان أَوْلَىٰ. فإن وَجَدَهُ مسلمٌ في مِصْرٍ من أمصار المسلمين، فبلغ كافرًا، يجبر على الإسلام، ولكن لا يقتل؛ لأنه لم يعرف إسلامه حقيقة، وَإنما حكم به تبعًا للدار، فلم تتحقق ردته، فلا يقتل.

وَأمَّا حاله في النسب، فهو أنه مجهول النسب؛ حتى لو ادعى إنسان نسبة الملتقط أو عتقه، تصح دعوته، ويثبت النسب منه؛ لما علم في «كتاب الدعوى».

وَأمَّا الأحكام المتعلقة به، فأنواعٌ:

منها: أن التقاطه أمر مندوب إليه؛ لما روي أن رجلاً أتى سيدنا عليًّا - رضي الله عنه - بلقيطٍ فقال: هو حُرٌّ، ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب إليَّ من كذا وكذا، عُدَّ جملة من أعمال الخير، فقد رَغَّب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه؛ حيث فضله على جملة من أعمال الخير؛ على المبالغة في الندب إليه؛ ولأنه نفس لا حافظ لها، بل هي في مضيعة، فكان التقاطها إحياء لها معنى؛ وقد قال الله - تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] .

= ميتاً في أي مكان وجد، أن غسله ودفنه في مقابر المسلمين. يجب، وقد مَنَعُوا أن يُدْفَنَ أَطْفَالُ المشركين في مَقَابِرِ المسلمين. قال: وإذا وجد لقيطٌ في قرية ليس فيها إلا مشركٌ، فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافرٌ، هذا قول أصحاب الشافعي وأصحاب الرأي. ينظر: المغني (٨/ ٣٥١ - ٣٥٢).

(١) في ب: فأما.

ومنها: أن الملتقط أولى بإمساكه من غيره؛ حتى لا يكون لغيره أن يأخذه منه؛ لأنه هو الذي أحياه بالتقاطه، وَمَنْ أَحْيَا أرضًا ميتة؛ فهي له على لسان رسولِ الله ﷺ؛ ولأنه مباح الأخذ سبقت يد الملتقط إليه، والمباح مباح من سبق؛ على لسان رسول الله - ﷺ -.

ومنها: أن نفقته من بيت المال[1]؛ لأن ولاءه له، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»[2]

ولو كان معه مال مشدود عليه، فهو له[3]؛ لأن الظاهر أنه ماله، فيكون له[4]، كثيابه

---

(١) قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن نفقة اللقيط غير واجبةٌ على الملتقط، كوجوب نفقة الولد. وذلك لأن أسباب وجوب النفقة، من القرابة، والزوجية، والملك، والولاء، متنفية، والالتقاط إنما هو تخليصٌ له من الهلاك، وتبرعٌ بحفظه، فلا يوجب ذلك النفقة، كما لو فعله بغير اللقيط. وتجب نفقته في بيت المال؛ لقول عمرَ، رضي الله عنه، في حديث أبي جميلة: اذهب فهو حرٌ، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته. وفي رواية: من بيت المال؛ ولأن بيت المال وارثه، وماله مصروفٌ إليه، فتكون نفقته عليه، كقرابته ومولاه. فإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال، لكونه لا مال فيه، أو كان في مكانٍ لا إمام فيه، أو لم يعط شيئاً، فعلى من علم حاله من المسلمين الإنفاق عليه؛ لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾. ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجبٌ، كإنقاذه من الغرق. وهذا فرض كفايةٍ، إذا قام به قومٌ سقط عن الباقين، فإن تركه الكُلُّ أَثِمُوا. ومن أنفق عليه متبرعاً، فلا شيء له، سواءٌ كان الملتقط أو غيره. وإن لم يتبرع بالإنفاق عليه، فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه إذا أيسر، وكان ذلك بأمر الحاكم، لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وإن أنفق بغير أمرِ الحاكم، محتسباً بالرجوع عليه، فقال أحمد: تؤدى النفقة من بيت المال. وقال شريح، والنخعي: يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه. وقال عمر ابن عبد العزيز: يحلف ما أنفق احتساباً، فإن حلف استُسعي، وقال الشعبي، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، والشافعي، وابن المنذر: هو متبرع لا يرجع بشيء، كما لو تبرع به. ولنا، أنه أدى ما وجب على غيره، فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه، كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه. ينظر: المغني (٨/ ٣٥٥ - ٣٥٦).

(٢) تقدم.

(٣) وبهذا قال الشافعي.

(٤) وله يدٌ صحيحةٌ، بدليل أنه يرث ويورث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع، ومن له ملكٌ صحيحٌ، فله يد صحيحةٌ، كالبالغ، إذا ثبت هذا، فكل ما كان متصلاً به، أو متعلقاً بمنفعته، فهو تحت يده، ويثبت بذلك ملكاً له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لابساً له، أو مشدوداً في ملبوسه، أو في يديه، أو مجعولاً فيه، كالسرير والسفط، وما فيه من فرش أو دراهم، والثياب التي تحته والتي عليه. وإن كان مشدوداً على دابة، أو كانت مشدودة في ثيابه، أو كان في خيمة، أو في دار، فهي له. وأما المنفصل عنه، فإن كان بعيداً منه، فليس في يده، وإن كان قريباً منه، كثوب موضوع إلى جانبه، ففيه وجهان؛ أحدهما، ليس هو له؛ لأنه منفصل عنه، فهو كالبعيد. والثاني، هو له. وهو أصح؛ لأن الظاهر أنه ترك له، فهو له، بمنزلة ما هو تحته، ولأن القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه، =

التي عليه؛ وكذا إذا وجد مشدوداً على دابة، فالدابة له؛ لما قلنا، وتكون النفقة من ماله؛ لأن الإنفاق من بيت المال للضرورة، ولا ضرورة إذا كان له مال، وليس على الملتقط أن ينفق عليه من مال نفسه؛ لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه، ولو أنفق عليه من مال نفسه، فإن فعل بإذن القاضي، له أن يرجع عليه، وَإن فعل بغير إذنه لا يرجع عليه؛ لأنه يكون متطوعًا فيه.

ومنها، أن عقله لبيت المال؛ لأن عاقلته بيت المال، فيكون عقله له؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»[1]

ومنها: أن ولاءه لبيت المال؛ لما قلنا.

ومنها: أن له أن يوالي مَنْ شاء إذا بلغ إلا إذا عقل عنه بيت المال، فليس له أن يوالي

= ويحكم بأنه في يده، والحمّال إذا جلس للاستراحة، ترك حمله قريباً منه. فأما المدفون تحته، فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طريًا، فهو له، وإلاّ فلا؛ لأن الظاهر أنه إذا كان طريًا فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طريًا، كان مدفوناً قبل وضعه، وقيل: ليس هو له بحالٍ؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريًا، فلم يكن له إذا كان الحفر طريًا، كالبعيد منه، ولأن الظاهر أنه لو كان له، لشده واضعه في ثيابه، ليعلم به، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة، وما هو له أنفق عليه منه، فإن كان فيه كفايته، لم تجب نفقته على أحد؛ لأنه ذو مالٍ، فأشبه غيره من الناس. إذا ثبت هذا، فإن لملتقطه الإنفاق عليه منه بغير إذن الحاكم. ذكره أبو عبد الله بن حامد؛ لأنه وليّ له، فلم يعتبر في الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم، كوصيِّ اليتيم، ولأن هذا من الأمر بالمعروف، فاستوى فيه الإمام وغيره، كتبديد الخمر. ينظر: المغني (٨/ ٣٥٦ ـ ٣٥٧).

(١) يعني ميراثه لهم، فإن اللقيط حر الأصل، ولا ولاء عليه، وإنما يرثه المسلمون؛ لأنهم خولوا كل مال لا مالك له، ولأنهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط، فكذلك اللقيط وهو قول مالك، والشافعي، وأكثر أهل العلم. وقال شريح، وإسحاق: عليه الولاء لملتقطه؛ لما روى واثلة بن الأسقع، قال: قال رسول الله ﷺ: «الْمَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ؛ عَتِيقَهَا، وَلَقِيطَهَا، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنَتْ عَلَيْهِ». أخرجه أبو داود، والترمذي. وقال: حديث حسن، وقال عمر لأبي جميلة في لقطته: هو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته. ولنا: قول النبي ﷺ: «إنَّما الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ». ولأنه لم يثبت عليه. رق، ولا على آبائه، فلم يثبت عليه ولاءٌ، كالمعروف نسبه، ولأنه إن كان ابن حرّين، فلا ولاء عليه، وإن كان ابن معتقين، فلا يكون عليه ولاءٌ لغير معتقهما. وحديث واثلة لا يثبت. قاله ابن المنذر. وخبر عمر، قال ابن المنذر: أبو جميلة رجل مجهول، لا تقوم بحديثه حجةٌ. ويحتمل أن عمر، رضي الله عنه، عنى بقوله: ولك ولاؤه. أي لك ولايته، والقيام به وحفظه. لذلك ذكره عقيب قول عريفه: إنه رجلٌ صالحٌ. وهذا يقتضي تفويض الولاية إليه، لكونه مأموناً عليه دون الميراث. إذا ثبت هذا، فإن حكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه، وانقرض أهله، يدفع إلى بيت المال إذا لم يكن له وارثٌ. فإن كان له زوجة فلها الربع، والباقي لبيت المال. وإن كانت امرأة لها زوجٌ، فله النصف، والباقي لبيت المال. وإن كانت له بنتٌ، أو ذو رحم، كبنت بنت، أخذت جميع المال؛ لأن الرَّدَّ وذا الرحم مقدمٌ على بيت المال. ينظر: المغني (٨/ ٣٥٨ ـ ٣٦٠).

أحدًا؛ لأن العقد يلزم بالعقل؛ على ما نذكر في كتاب الديات» إن شاء الله تعالى؛ لما علم في الولاء.

ومنها: أن وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ»[١].

وروي عنه عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: «الله وَرَسُولُهُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ»[٢] والخَالُ وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ»، والسلطان نائب الله ورسوله، فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله، وليس للملتقط أن يفعل شيئًا من ذلك؛ لأنه لا ولاية له عليه؛ لانعدام سببها، وهو القرابة والسلطنة، إلا أنه يجوز له أن يقبض الهبة له، ويسلمه في صناعة ويؤاجره؛ لأن ذلك ليس من باب الولاية عليه، بل من باب إصلاح حاله وإيصال المنفعة المحضة إليه من غير ضرر؛ فأشبه إطعامه وغسل ثيابه ومنها: أن نسبه من المدعي يحتمل الثبوت شرعاً؛ لأنه مجهول النسب؛ على ما يأتي في «كتاب الدعوى»؛ حتى لو ادعى الملتقط أو غيره أنه ابنه، تسمع دعواه من غير بينة، وبينته ونسبه منه، والقياس أن لا تسمع إلا ببينة.

وجه القياس ظاهرٌ؛ لأنه يدعي أمرًا جائز الوجود والعدم، فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر/من مُرجح، وذلك بالبينة، ولم توجد. أ

وجه الاستحسان أنه عامل أخبر بأمر محتمل[٣] الثبوت، وكل من أخبر عن أمر، والمخبر به محتمل الثبوت، يجب تصديقه؛ تحسينًا للظن بالمخبر هو الأصل، إلا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير وههنا في التصديق وإثبات النسب نظر من الجانبين، جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك، وجانب المدعي بولدٍ يستعين به على مصالحه الدينية، والدنيوية، وتصديق المدعي في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره، بل ينتفع به ـ لا يقف على البينة، وسواء كان المدعي مسلمًا أو ذميًا أو عبدًا؛ حتى لو ادعى نسبة ذمي تصح دعوته، حتى يثبت نسبة منه، لكنه يكون مسلمًا؛ لأنه ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة. وهو نسب الولد، وكونه كافرًا، ويمكن تصديقه في أحدهما؛ لكونه نفعًا للقيط، وهو كونه ابنًا له، ولا يمكن تصديقه في الآخر؛ لكونه ضررًا به، وهو كونه كافرًا، فيصدق فيما فيه منفعة، فيثبت نسب الولد منه، ولا يصدق فيما يضره، فلا يحكم بكفره، وَلَيْسَ من ضرورة كون الولد منه أن[٤] يكون كافرًا، ألاَ ترى أنه يحكم بإسلامه وبإسلام أمه، وَإن كان الأب كافرًا، هذا إذا أقر الذمي أنه ابنه ولا بينة له، فإن أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه، ويكون على دينه بخلاف الإقرار.

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) في ب: أخبر بما هو محتمل.
(٤) في ب: لا.

وَوجْه الفرق بين الإقرار وبين الشهادة أنه متهم في إقراره بما يتضمنه إقراره. وهو كون الولد على دينه، ولا تهمة في الشهادة؛ لما مَرَّ.

ولو ادعى عبد أنه ابنه، صحت دعوته، وثبت نسبة منه؛ لكنه يكون حُراً؛ لما ذكرنا في دعوى الذمي؛ لأنه ادعى شيئين: أحدهما نفع اللقيط، والآخر مضرة، وهو الرق، فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره؛ على ما ذكرنا في «دعوى الذمي».

ولو ادعاه رجلان أنه ابنهما ولا بينة لهما، فَإن كان أحدهما مسلمًا والآخر ذميًا، فالمسلمُ أَوْلَى،[به][1] لأنه أنفع للقيط؛ وكذلك إذا كان أحدهما حُرًا والآخر عبدًا، فالحر أولى؛ لأنه أنفع له، وَإن كَانَا مسلمين حرين، فَإنْ وصف أحدهما علامة في جسده، فالواصف أَوْلى به عندنا.

وعند الشافعي - رحمه الله - يرجع إلى القائف[2]، فيؤخذ بقوله، والصحيحُ قولنا؛ لأن

---

(١) سقط في ط.

(٢) والقافةُ: قومٌ يعرفون الأنساب بالشبه، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة، بل من عرف منه المعرفة بذلك، وتكررت منه الإصابة، فهو قائفٌ. وقيل: أكثر ما يكون في بني مدلج رهط مجزِّز المدلجي الذي رأى أسامة وأباه زيداً قد غطَّيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: «إنَّ هٰذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ». وكان إياسُ بن معاوية المزني قائفاً، وكذلك قيل في شريح. ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً، عدلاً، مجرباً في الإصابة، حرًا؛ لأن قوله حكمٌ، والحكم تعتبر له هذه الشروط وتعتبر معرفة القائف بالتجربة، وهو أن يترك الصبي مع عشرةٍ من الرجال غير من يدعيه، ويرى إياهم، فإن ألحقه بواحدٍ منهم سقط قوله؛ لأنا تبينا خطأه، وإن لم يلحقه بواحد منهم، أريناه إياه مع عشرين فيهم مدَّعيه، فإن ألحقه به لحق، ولو اعتبر بأن يرى صبيًا معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه، فإذا ألحقه بقريبه، عُلمت إصابته، وإن ألحقه بغيره، سقط قوله، جاز. وهذه التجرِبة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته، وإن لم نجربه في الحال، بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كبيرة، جاز. وقد روينا أن رجلاً شريفاً شك في ولدٍ له من جاريته، وأبى أن يستلحقه، فمر به إياس بن معاوية في المكتب، وهو لا يعرفه، فقال: ادع لي أباك. فقال له المعلم: ومن أبو هذا؟ قال: فلان. قال: من أين علمت أنه أبوه؟ قال: هو أشبه به من الغراب بالغراب. فقام المعلم مسرورٌ إلى أبيه، فعلمه بقول إياس، فخرج الرجل وسأل إياساً، فقال: من أين علمت أن هذا ولدي؟ فقال: سبحان الله، وهل يخفى ولدك على أحدٍ، إنه لأشْبَهُ بك من الغراب بالغراب. فسر الرجل، واستلحق ولده. وهل يقبل قول واحدٍ، أو لا يقبل إلا قول اثنين؟ فظاهر كلام أحمد، أنه لا يقبل إلا قول اثنين، فإن الأثرم روي عنه، أنه قيل له: إذا قال أحد القافة: هو لهذا. وقال الآخر: هو لهذا؟ قال: لا يقبل واحد حتى يجتمع اثنان، فيكونان شاهدين. فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا، فهو لهذا؛ لأنه قولٌ يثبت به النسب، فأشبه الشهادة. وقال القاضي: يقبل قول الواحد؛ لأنه حكم، ويقبل في الحكم قول واحد. وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال: إذا خالف القائف غيره، تعارضا وسقطا. وإن قال اثنان قولاً، وخالفهما واحدٌ، فقولهما أولى؛ لأنهما شاهدان، فقولهما أقوى من قول واحد. وإن عارض قول اثنين قول اثنين، سقط قول =

الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما، وقد ترجح أحدهما بالعلامة؛ لأنه إذا وصف[1] العلامة ولم يصف الآخر، دَلَّ على أن يده عليه سابقة، فلا بد لزوالها من دليل، والدليل على جواز العمل بالعلامة / قوله - تعالى عَزَّ شأنه - خبرًا عن أهل تلك المرأة ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ، فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ، إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ [يوسف:٢٨]

حَكَىٰ الله - تعالى - عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز، ولم يغير عليهم، والحكيم إذا حكى عن منكر غيره، فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة، وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت، يميز ذلك بالعلامة؛ كذا ههنا وَإِن لم يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابنًا لهما؛ إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، فإن أقام أحدهما البينة، فهو أولى به؛ وَإِن أقامَا جميعًا البينة، يحكم بكونه ابنًا لهما؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر.

وقد روي عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - في مثل هذا أنه قال: إنه ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للثاني منهما، فإن ادعاه أكثر من رجلين فأقام البينة، روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه تسمع من خمسة.

وقال أبو يوسف: من اثنين، ولا تسمع من أكثر من ذلك.

وقال محمد: تسمع من ثلاثة، ولا تسمع من أكثر من ذلك.

هَذَا إذا كان المدعي رجلاً، فإن كانت امرأة فادعته أنه ابنها [يرثهما][2] فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة، أو قامت البينة، صحت دعوتها، وإلا فلا؛ لأن فيه حمل نسب الغير على الغير، وأنه لا يجوز؛ لما نذكره في «كتاب الإقرار»، ولو ادعاه امرأتان، وأقامت إحداهما البينة، فهي أولى به، وَإِن أقامتا جميعًا فهو ابنهما عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما، وعن محمد روايتان، في رواية أبي حفص يجعل ابنهما، وفي رواية أبي سليمان: لا يجعل ابن واحدة منهما، والله سبحانه وتعالى أعلم.

= الجميع. وإن عارض قول الاثنين ثلاثة فأكثر، لم يرجح، وسقط الجميع، كما لو كانت إحدى البينتين اثنين، والأخرى ثلاثة أو أكثر. فأما إن ألحقته القافة بواحد، ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر، كان لاحقاً بالأول؛ لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم، ومتى حكم الحاكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره له. وكذلك إن ألحقته بواحد، ثم عادت فألحقته بغيره؛ لذلك فإن أقام الآخر بينةً أنه ولده، حكم له به، وسقط قول القائف؛ لأنه بدلٌ، فيسقط بوجود الأصل، كالتَّيَمُّمِ مع الماء. ينظر المغني ٨/ ٣٧٥ - ٣٧٦.

(١) في ط: رضي.

(٢) سقط في ط.

كِتَابُ اللُّقَطَةِ(١)

الكلام في اللقطة في مواضع/ : في بيان أنواعها.

وفي بيان أحوالها.

وفي بيان ما يصنع بها.

أما الأول: فنوعان [نوع](٢) من غير الحيوان؛ وهو المال الساقط [على الأرض](٣) لا يعرف مالكه، ونوع من الحيوان وهو الضالة من الإبل والبقر والغنم [وغيرها](٤) من البهائم،

---

(١) اللقطة لغة: اسم لما يُلْقَطُ، وفيها أربع لُغَاتٍ، نظمها شيخنا أبو عبيد الله بن مالك فقال: [الرجز].

لُقَاطَةٌ، وَلُقْطَةٌ، وَلُقْطَةٌ وَلَقَطٌ مَا لاَقِطٌ قَدْ لَقَطَهْ

فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة بفتح اللام والقاف، وروي عن الخليل: واللُّقَطَةُ، بضم اللام وفتح القاف: الكثير الإسقاط، وبسكون القاف: ما يلتقط، وقال أبو منصور: وهو قياس اللغة؛ لأن فعلة بفتح العين أكثر ما جاء فاعل، وبسكونها مفعول، كَضُحكة للكثير الضَّحِكِ، وضُحْكة لمن يضحك منه.

انظر: المغرب ٢/ ١٧٠، المطلع: ص/ ٢٨٢، القاموس المحيط: ٢/ ٢٩٧.

واصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: أمَانَةٌ إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها، ويردها على صاحبها، وهي الشيء الذي يجده ملقى ليأخذه أمانة. واللقطة مال معصوم عرض للضياع.

عرفها الشافعية بأنها: مال أو اختصاص محترم، ضاع بنحو غفلة؛ بمحل غير مملوك لم يحرز، ولا عرف الواحد مستحقه، ولا امتنع بقوته.

عرّفها المالكية بأنها: مَالٌ معصوم عُرِّضَ للضياع، وإن كلباً أو فرساً.

عرفها الحنابلة بأنها: المَالُ الضائع من رَبِّه، يلتقطه غيره.

انظر: شرح فتح القدير: ٦/ ١١٨، حاشية ابن عابدين: ٣/ ٣٤٨، تبيين الحقائق؛ ٣/ ٣٠١، نهاية المحتاج: ٥/ ٤٢٦، مغني المحتاج: ٢/ ٤٠٦، الشرقاوي على التحرير: ٢/ ١٣٥، جواهر الإكليل: ٢/ ٢١٧، حاشية الدسوقي: ٤/ ١١٧، الشرح الصغير: ٣/ ٣٥٠، المغني لابن قدامة: ٥/ ٦٦٣، كشف القناع: ٤/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

(٢) سقط في ط.

(٣) سقط في ط.

(٤) سقط في ط.

إلا أنه يسمى لقطة من اللقط، وهو الأخذ والرفع؛ لأنه يلقط عادة، أي: يؤخذ ويرفع؛ على ما ذكرنا في «كتاب اللقيط».

فصل في أموال اللقطة

وأما بيان أحوالها فلها[1] في الأصل حالان: حال ما قبل الأخذ، وحال ما بعده، أما قبل الأخذ، فلها أحوال مختلفة، قد يكون مندوب الأخذ، وقد يكون مباح الأخذ، وقد يكون حرام الأخذ.

أما حالة الندب: فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها، فأخذها لصاحبها أفضل من تركها؛ لأنه إذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها إحياء لمال المسلم معنى، فكان مستحبًّا، والله تعالى أعلم.

وأما حالة الإباحة فهو أنْ لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبه، وهذا عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ إذا خاف عليها [الضيعة][2] يجب أخذها، وَإن لم يخف يستحب أخذها، وزعم أن الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعًا لها، والتضييع حرام، فكان الأخذ واجبًا، وهذا غير سديدٍ لأن الترك لا يكون تضييعًا، بل هو امتناع من حفظ غير ملزم، والامتناع من حفظ غير ملزم، لا يكون تضييعًا كالامتناع عن قبول الوديعة[3].

وأما حالة الحرمة: فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها؛ لما روي عن رسول الله ﷺ ـ أنه قال: «لاَ يَأْوِي الضَّالَّةَ إِلاَّ ضَالٌّ»[4] والمراد أن يضمها إلى نفسه لأجل نفسه، لا لأجل صاحبها

---

(١) في ط: منها.

(٢) سقط في ط.

(٣) مذهب الإمام أحمد: الأفضل ترك الالتقاط. وروي معنى ذلك عن ابن عباس، وابن عمر. وبه قال جابر ابن زيد، والربيع بن خثيم، وعطاء، ومر شريح بدرهم، فلم يعرض له. واختار أبو الخطاب أنه إذا وجدها بمضيعة، وأمن نفسه عليها، فالأفضل أخذها. وهذا قول الشافعي. وحكي عنه قول آخر، أنه يجب أخذها؛ لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾. فإذا كان وليه، وجب عليه حفظ ماله. وممّن رأى أخذها سعيد بن المسيب، والحسن بن صالح، وأبو حنيفة. وأخذها أبي بن كعب، وسويد بن غفلة. وقال مالك: إن كان شيئاً له بالٌ، يأخذه أحب إليّ، ويعرّفه؛ لأن فيه حفظ مال المسلم عليه، فكان أولى من تضييعه، وتخليصه من الغرق. ينظر المغني ٨/ ٢٩١.

(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ١٣٩) كتاب «اللقطة» باب: (....)، حديث (١٧٢٠)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٦) كتاب الصواب، باب «ذكر الاختلاف» على أيوب فيه حديث (٥٧٩٩، ٥٨٠٠) وابن ماجه (٢/ ٨٣٦) كتاب اللقطة: باب: «ضالة الإبل والبقر والغنم». =

بالرد عليه؛ لأن الضم إلى نفسه لأجل صاحبها ليس بحرام؛ ولأنه أخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه، فيكون بمعنى الغصب؛ وكذا لقطة البهيمة من الإبل والبقر والغنم عندنا.

وقال الشافعي -رحمه الله- لا يجوز التقاطها أصلاً، واحتجَّ بما روي أن رجلاً سأل رسولَ الله -ﷺ- عن ضَالَّةِ الإبل؟ فَقَال: «مَا لَكَ وَلَهَا؛ مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤها، تَرِدُ المَاءَ وَتَرْعَى الشَّجَرَ؛ دَعْهَا حَتَّىٰ يَلْقَاهَا رَبُّهَا»[1] نهى عن التعرض لها؛ وأمر بترك الأخذ، فدل على حرمة الأخذ.

= وأحمد (٤/ ٣٦٠)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٣٣) في كتاب اللقطة والصواب.
والطبراني (٢/ ٣٣٠ - ٣٣١) (٢٣٧٦ - ٢٣٧٨) وابن عبد البر في «التمهيد» (٣/ كلهم من طرق عن المنذر عن جرير به فذكره.
وله شاهد من حديث زيد بن خالد الجهني؛ أخرجه مسلم (٦/ ٢٧٠) كتاب اللقطة، باب: «تحريم حلب الماشية بغير إذن أهلها»، حديث (١٢/ ١٧٢٥).
بلفظ: «من آوى ضالة فهو ضال ما لم يعرفها».
وأخرجه النسائي في الكبرى (٣/ ٤١٧) كتاب «اللقطة» باب: «النهي عن لقطة الحاج، حديث (٥٨٠٦).
وابن حبان (١١/ ٢٦٠) كتاب اللقطة، حديث (٤٨٩٧).
والبيهقي (٦/ ١٩١) كتاب، باب:
«ما يجوز له أخذه وما لا يجوز مما يجده».
والطحاوي (٤/ ١٣٤) كتاب الإجارات، باب: «اللقطة والضوال» والطبراني (٥/ ٢٥٨) حديث (٥٢٨١، ٥٢٨٢).

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٥٧) كتاب «الأقضية»، باب: «القضاء في اللقطة»، حديث (٤٦).
وأحمد (٤/ ١١٦، ١١٧)، والبخاري (٥١/ ٣٦٣ - ٣٦٤) كتاب اللقطة، باب: «ضالة الإبل»، حديث (٢٤٢٧).
وطرفه في [٢٤٢٨، ٢٤٢٩، ٢٤٣٦، ٢٤٣٨].
ومسلم (٦/ ٢٦٢ - ٢٦٤) كتاب اللقطة، باب: «....» حديث (١ - ٨/ ١٧٢٢).
وأبو داود (٢/ ١٣٥) كتاب اللقطة، حديث (١٧٠٤، ١٧٠٧).
والترمذي (٣/ ٦٤٦ - ٦٤٧) كتاب «الأحكام»، باب: «ما جاء في اللقطة وضالة الغنم»، حديث (١٣٧٢).
والنسائي في «الكبرى» (٣/ ٤١٩) كتاب اللقطة، باب: الأمر بتعريف اللقطة، حديث (٥٨١١ - ٥٨١٥) مختصراً، في كتاب الضوال، باب «٣» حديث (٥٨٠٢).
وابن ماجه (٢/ ٨٣٦ - ٨٣٧) كتاب اللقطة، باب: «ضالة الإبل والبقر والغنم»، حديث (٢٥٠٤).
وعبد بن حميد (٢٧٩)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٠/ ١٣٠) آخر كتاب اللقطة، حديث (١٨٦٠٢).
وابن الجارود (٦٦٦) والشافعي (٢/ ١٣٧) في كتاب اللقطة حديث (٤٥٣) مختصراً.
والدارقطني (٤/ ٢٣٥) في كتاب «المكاتب»، حديث (١١٣) والطبراني (٥/ ٢٥٠ - ٢٥٣) حديث (٥٢٤٩ - ٥٢٥٨) والطحاوي (٤/ ١٣٤) كتاب «الإجارات»، باب: «اللقطة والضوال». وابن حبان (١١/ ٢٥٠ - ٢٥٢، ٢٥٥، ٢٦١) في كتاب اللقطة، حديث (٤٨٨٩، ٤٨٩٠، ٤٨٩٣، ٤٨٩٨)، والبيهقي (٦/ ١٨٥، ١٨٩، ١٩٢) كتاب اللقطة، باب: «اللقطة يأكلها الغني والفقير إذا لم تعترف بعد تعريف سنة»، «ما يجوز له أخذه وما لا يجوز مما يجده»، «تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها». =

ولنا ما روي أن رجلاً وجد بعيرًا بالحرة[1] فعرفه، ثم ذكره لسيدنا عمر - رضي الله تعالى عنه - فأمره أن يعرفه، فقال الرجل لسيدنا عمر: قَدْ شغلني عن ضيعتي[2]، فقال سيدنا عمر أرسله حيث وجدته؛ ولأن الأخذ حال خوف الضيعة إحياء لمال المسلم، فيكون مستحبًا، وحال عدم الخوف ضرب إحراز، فيكون مباحًا؛ على ما ذكرنا.

وأما الحديث فلا حُجَّةَ له فيه؛ لأن المراد منه أن يكون صاحبه قريبًا منه؛ ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام: «حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّها»، وَإنما يقال ذلك إذا كان قريبًا أو كان رجاء اللقاء ثابتًا، ونحن به نقول، ولا كلام فيه.

والدليلُ عليه أنه لما سأله عن ضالة الغنم، قال: «خُذْهَا فَإنَّهَا لَكَ، أَوْ لأَخِيكَ، أَو لِلذِّئْب» دعاه إلى الأخذ، ونبه على المعنى، وهو خوف الضيعة، وأنه موجود في الإبل، والنص الوارد فيها أَوْلَىٰ أن يكون واردًا في الإبل وسائر البهائم دلالة، إلا أنه عليه الصلاة والسلام فَصل بينهما في الجواب، من حيث الصورة؛ لهجوم الذئب على الغنم إذا لم يلقها ربها عادةً، بعيدًا كان أو قريبًا؛ و[لا][3] كذلك الإبل؛ لأنها تذب عن نفسها عادةً.

هذا الذي ذكرنا حال ما قبل الأخذ، وأما حال ما بعده، فلها بعد الأخذ حالان: في حال هي أمانة، وفي حال هي مضمونة.

= كلهم من طرق عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني عن النبي ﷺ فذكره.
قال الترمذي: حديث زيد بن خالد حديث حسن صحيح، وقد روي عنه من غير وجه، وحديث يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد حديث حسن صحيح وقد روي عنه من غير وجه.
وأخرجه مسلم (٣/ ١٣٤٧) كتاب اللقطة: باب اللقطة حديث (٧/ ١٧٢٢) وأبو داود (١/ ٥٣٣) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة حديث (١٧٠٦) والترمذي (٣/ ٦٥٦) كتاب الأحكام: باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل حديث (١٣٧٣) وابن ماجه (٢/ ٨٣٨) كتاب اللقطة: باب اللقطة حديث (٢٥٠٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار...» (٤/ ١٣٨) كتاب البيوع: باب اللقطة والضوال والبيهقي (٦/ ١٨٦) كتاب اللقطة: باب اللقطة يأكلها الغني والفقير، وابن الجارود (٦٦٩) كلهم من طريق بسر بن سعيد عن زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال عرفها سنة فإن لم تُعترف فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها فإن جاء صاحبها فأدها إليه.
قال الترمذي: حديث حسن غريب.

(١) الحِرار في بلادِ العرب كثيرة. والحرَّة كلّ أرض ذات حجارة سُود نخرة، كأنما أحرقت بالنار، قد ألبستا. وقيل: إذا كانت كذلك وهي مستديرةٌ فهي حَرَّة، وما كان مستطيلاً ليس بواسع فهو لابة. ويقال له كُراع. وأكثرُ الحِرارِ حَوْلَ المدينة، وتسمى مضافة إلى أماكنها. ينظر مراصد الاطلاع ١/ ٣٩٤.

(٢) في ب: صنعتي.

(٣) سقط في ط.

أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها؛ لأنه أخذها على سبيل الأمانة، فَكَانَتْ يَدُهُ يد أمانة كيد المودع.

وأما حالة الضمان: فهي أن يأخذها لنفسه؛ لأن المأخوذ لنفسه مغصوبٌ، وهذا لا خلاف فيه، وَإنما الخلاف في شيء آخر، وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف من جهة الضمان، إما بالتصديق أو بالإشهاد عند أبي حنيفة، وعندهما بالتصديق أو باليمين، حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه في الأخذ له، لا يجب عليه الضمان بالإجماع، وَإن لم يشهد؛ لأن جهة الأمانة قد ثبتت بتصديقه،وَإن كذبه في ذلك فكذا عند أبي يوسف ومحمد، أشهد أو لم يشهد، ويكون القول قول الملتقط مع يمينه.

وَأما عند أبي حنيفة، فإن أشهد، فلا ضمان عليه؛ لأنه بالإشهاد ظهر أن الأخذ كان لصاحبه، فظهر أن يده يد أمانة، وَإن لم يشهد يجب عليه الضمان، ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان، لأنه أقر بالغصب، والمغصوب مضمون على الغاصب.

وَجْهُ قَوْلِهما إن الظاهر أنه أخذه لا لنفسه؛ لأن الشرعَ إنما مكنه من الأخذ بهذه الجهة، فكان إقدامه على الأخذ دليلاً على أنه أخذ بالوجه المشروع، فكان الظاهر شاهدًا له، فكان القول قوله، ولكن مع الحلف؛ لأن القول قولُ الأمين مع اليمين.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ وجهان: أحدهما أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان في الأصل إلا أنه إذا كان الأخذ على سبيل الأمانة بأن أخذه لصاحبه، فيخرج من أن يكون سببًا، وذلك إنما يعرف بالإشهاد، فإذا لم يشهد لم يعرف كون الأخذ لصاحبه، فبقي الأخذ سببًا في حق وجوب الضمان على الأصل.

والثاني: أنَّ الأصل أن عمل كل إنسان [يكون][1] له لا لغيره؛ بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنْ لَيْس لِلإِنْسَان إِلاَّ مَا سَعَى﴾ [النجم:٣٩] ،وقوله ـ تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة:٢٨٦] فكان أخذه اللقطة في الأصل لنفسه، لا لصاحبها، وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان؛ لأن غصب، وَإنما يعرف الأخذ لصاحبها بالإشهاد، فإذا لم يوجد تعين أن الأخذ لنفسه، فيجب عليه الضمان.

ولو أخذ اللقطة ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه، لا ضمان عليه في ظاهر الرواية؛ وكذا نص عليه محمد في «الموطأ»، وبعض مشايخنا رحمهم الله ـ قالوا: هذا الجواب فيما إذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان، حتى وضعها في موضعها، فأما إذا ذهب بها عن ذلك المكان، ثم ردها إلى مكانها، يضمن، وجواب ظاهر الرواية مطلقٌ عن هذا التفصيل، مستغن عن هذا التأويل.

---

(١) سقط في ط.

وقال الشافعي - رحمه الله - يَضمن، ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب.

وجه قوله إنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة، فَإِذَا رَدَّها إلى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم، فأشبه الوديعة إذا ألقاها المودع على قارعة الطريق، حتى ضاعت.

ولنا: أنه أخذها محتسبًا متبرعًا ليحفظها على صاحبها، فإذا رَدَّها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل، فصار كأنه لم يأخذها أصلاً، وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ، وإنما تبرع به، وقد رده بالرد إلى مكانها، فارتد وجعل كأن لم يَكُنْ.

هَذَا إذا كَانَ أخذها / لصاحبها ثم رَدَّها إلىٰ مكانها فضاعت، وصدقه صاحبها فيه أو كذبه، لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك، فَإِنْ كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجب، أشهد أو لم يشهد، ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها؛ على ما ذكرنا.

ثم تفسير الإشهاد على اللقطة أن يقولَ الملتقط بمسمع من الناس: إني التقطت لقطة أو عندي لقطة، فأي الناس أنشدها فدلوه عليّ، أو يقول: عنديَ شيء فمن رأيتموه[(١)] يسأل شيئًا [أو يريد شيئًا][(٢)] فدلوه عليَّ، فَإذا قال ذلك ثم جاء صاحبها، فقال الملتقط قد هلكت، كان القول قوله، ولا ضمان عليه بالإجماع، وَإن كان عنده عشر لقطات؛ لأنَّ اسم الشيء [واللقط كان لهم][(٣)] منكرًا إن كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغةً لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة، لا فرد من الجنس؛ إذ المقصود من التعريف إيصال الحق إلى المستحق، ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف والمعتاد، فكان هذا إشهادًا على الكل بدلالة العرف والعادة، ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك؛ لأنه ظهر أنه أخذها غصبًا، فكان الواجب عليه الرد إلى المالك؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّهُ»[(٤)] فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما في الغصب.

---

(١) في ب: سمعتموه.

(٢) سقط في ط.

(٣) سقط في ط.

(٤) أخرجه أحمد (٥/٨، ١٢، ١٣) وأبو داود (٣/٢٩٦) كتاب «البيوع»، باب: في تضمين العارية، حديث (٣٥٦١).

والترمذي (٣/٥٥٧) كتاب «البيوع»، باب: «ما جاء في أن العارية مؤداه»، حديث (١٢٦٦).

والنسائي في الكبرى (٣/٤١١) كتاب «العارية»: باب: «المنيحة»، حديث (٥٧٨٣). =

وكذلك إذا أخذ الضالة ثم أرسلها إلى مكانها الذي أَخَذَها منه، فحكمها حكم اللقطة؛ لأن هذا أحد نوعي اللقطة، وقد روينا في هذا الباب عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - أنه قال لواجد البعير الضال: أرسله حيث وجدته، وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان.

فصل في بيان ما يصنع باللقطة

وأما بيان ما يصنع بها، فنقول وبالله التوفيق: إذا أخذ اللقطة فإنه يعرفها؛ لما روي عن رسولِ الله - ﷺ - أنه قال: «عرِّفها حَوْلاً»[1] حين سُئل عن اللقطة وروي أن رجلاً جاء إلى عبد الله ابن سيدنا عمر - رضي الله تعالى عنهما - فقال: إني وجدتُ لقطة، فما تأمرني فيها؟ فقال: عرفها سنة[2].

وروينا عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - أنه أمر بتعريف البعير الضال، ثم نقول الكلام في التعريف في موضعين:

(أحدهما): في مدة التعريف

= وابن ماجه (٢/ ٨٠٢) كتاب «الصدقات»، باب: «العارية» حديث (٢٤٠٠).
والدارمي (٢/ ٢٦٤) كتاب «البيوع»، باب: «في العارية مؤداة». والحاكم (٢/ ٤٧).
والبيهقي (٦/ ٩٠) كتاب «العارية»: باب: «العارية مضمونة».
وابن أبي شيبة (٤/ ٣١٦) كتاب «البيوع والأقضية»: باب: «العارية من كان لا يضمنها ومن كان يفعل» حديث (٢٠٥٦٣).
وابن الجارود (١٠٢٤).
والطبراني (٧/ ٢٥١ - ٢٥٢) حديث (٦٨٨٢) كلهم من طرق عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ فذكره.
وفيه زيادة قالها قتادة: «ثم نسي الحسن فقال: فهو أمينك لا ضمان عليه».
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقد ذهب بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم إلى هذا، وقالوا: يضمن صاحب العارية. وهو قول الشافعي وأحمد.
وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم: ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يخالف. وهو قول الثوري وأهل الكوفة، وبه يقول إسحاق.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.
قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١١٧): والحسن مختلف في سماعه من سمرة. اهـ.
وبقية إسناده ثقات، والحسن ثقة فقيه فاضل إلا أنه يرسل، وقد ذكر له المزي في تهذيب الكمال رواية له عن سمرة في الصحيح.

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ذكره الهندي في كنز العمال (٤٠٦٢٥) وعزاه لمسدد.

(والثاني): في بيان مكان التعريف:

أما مدة التعريف فيختلفُ قدر المدة لاختلاف قدر /اللقطة إن كان شيئًا له قيمة تبلغ أ عشرة دراهم فصاعدًا يعرفه حولاً، وإن كان شيئًا قيمته أقل من عشرة يعرفه أيامًا على قَدْرِ ما يرى.

وروى الحسن بن زياد عن أبي - حنيفة أنه قال: التعريفُ على خطر المال، إن كان مائة ونحوها عرفها سنة[1] وَإن كان عشرة ونحوها عرفها شهرًا، وَإن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة، أو قال عشرة، وَإن كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام، وإن كان دانقًا ونحوه عرفه يومًا، وَإن كان تمرة أو كسرة تصدق بها؛ وَإنما تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد، فإن خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها.

وأما مكان التعريف: فالأسواق وأبواب المساجد؛ لأنها مجمع الناس[2] وممرهم، فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر، ثم إذا عرفها فإن جاء صاحبها وأقام البينة أنها ملكه أخذها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام -: «منْ وجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ به»[3] وَإن لم يقم البينة، ولكنه ذكر العلامة؛ بأن وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها؛ يحل للملتقط أن يدفع إليه، وَإن شاء أخذ منه كفيلاً؛ لأن الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط، إلا أن هناك يجبر على الدفع، وهنا لا يجبر؛ لأن هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى، فمع /العلامة أوْلَى، وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالإجماع، فجاز ألاَّ يجبر على الدفع مع العلامة، ولكن يحل له الدفع، وله أن يأخذ كفيلاً؛ لجواز مجيء آخر فيدعها ويقيم البينة، ثم إذا عرفها

(١) وبه قال ابنُ المسيب، والشعبي، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وروي عن عمر، رواية أخرى، أنه يعرفها ثلاثة أشهر. وعنه ثلاثة أعوام؛ لأن أبي بن كعب روى أن رسول الله ﷺ أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام. وقال أبو أيوب الهاشمي: ما دون الخمسين درهماً يعرفها ثلاثة أيام إلى سبعة أيام. وقال الحسن بن صالح: ما دون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام. وقال الثوري في الدرهم: يعرفه أربعة أيام. وقال إسحاق: ما دون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها. وروى أبو إسحاق الجوزجاني، بإسناده، عن يعلى بن أمية، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنِ الْتَقَطَ دِرْهَماً، أَوْ حَبْلاً، أو شِبْهَ ذٰلِكَ، فَلْيُعَرِّفْهُ ثَلاَثَةَ أيامٍ، فَإِنْ كَانَ فَوْقَ ذٰلِكَ، فَلْيُعَرِّفْهُ سَبعةَ أيَّامٍ».
ينظر: المغني ٨/ ٢٩٣.

(٢) لأن المقصود إشاعة ذكرها، وإظهارها، ليظهر عليها صاحبها، فيجب تحري مجامع الناس، ولا ينشدها في المسجد؛ لأن المسجد لم يبن لهذا. وقد روى أبو هريرة، عن النبي ﷺ، أنه قال: «مَنْ سَمِعَ رَجُلاً يَنْشُدُ ضَالَّةً في الْمَسْجِدِ، فَلْيَقُلْ: لاَ رَدَّها الله إِلَيْكَ، فَإِنَّ الْمَسَاجِدَ لَمْ تُبْنَ لِهٰذَا». وأمر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد. ينظر المغني ٨/ ٢٩٤.

(٣) تقدم.

ولم يحضر صاحبها مدة التعريف، فهو بالخيار إن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها، وإن شاء تصدق بها على الفقراء، ولو أراد أن ينتفع بها، فإن كان غنيًا لا يجوز أن ينتفع بها عندنا.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ إذا عرفها حولاً ولم يحضر صاحبها، كان له أن ينتفع بها، وإن كان غنيًا، وتكون قرضًا عليه.[1]

واحتجَّ بما روي أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال لمن سأله عن اللقطة: «عَرِّفْهَا حَوْلاً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا؛ وَإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا»، وهذا إطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله؛ أنه فقير أو غني، بل أن الحكم لا يختلف.

ولنا ما روي عن رسولِ الله ـ ﷺ ـ أنه قال: «لاَ تَحِلُّ اللُّقَطَةُ[2] فَمَنِ الْتَقَطَ شَيْئًا فَلْيُعَرِّفْهُ سَنَةً»[3] فإن جَاءَهُ صاحبها فليردَّها عليه، وإن لم يأت فليتصدق، والاستدلالُ/ به من وجهين:

---

(١) إذا عرف اللقطة حولاً، فلم تعرف، ملكها ملتقطها، وصارت من ماله، كسائر أمواله، غنياً كان الملتقط أو فقيراً. وروري نحو ذلك عن عمر، وابن مسعودٍ، وعائشة، رضي الله عنهم. وبه قال عطاءٌ، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وروي ذلك عن عليٍّ، وابن عباسٍ، والشعبي، والنخعي، وطاوس، وعكرمة. وقال مالك، والحسن بن صالح، والثوري، وأصحاب الرأي: يتصدق بها، فإذا جاء صاحبها خيَّرهُ بين الأجر والغرم؛ لما روى أبو هريرة، رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، أنه سئل عن اللقطة، فقال: «عَرِّفْها حَوْلاً». وروي: «ثَلاثَةَ أحْوالٍ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا، وإِلاَّ تَصَدَّقْ بِهَا، فَإِذَا جَاءَ رَبُّهَا، فَرَضِيَ بالأَجْرِ، وإِلاَّ غَرِمَهَا». ولأنها مالٌ لِمَعْصُومٍ، لم يرض بزوال ملكه عنها، ولا وجد منه سببٌ يقتضي ذلك، فلم يزل ملكه عنه، كغيرها. قالوا: وليسَ له أن يتملكها، إلا أن أبا حنيفة قال: له ذلك إن كان فقيراً من غير ذوي القربى؛ لما روى عياض بن حمار المجاشعي، أن النبي ﷺ قال: «مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْها ذا عَدْلٍ، وَلا يَكْتُمْ وَلاَ يُغَيِّبْ، فإن وَجَدَ صَاحِبَها فَلْيَرُدُّها عَلَيْهِ، وإلاَّ فَهِيَ مَالُ الله يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ». رواه النسائي. قالوا: وما يضاف إلى الله تعالى، إنما يتملكه من يستحق الصدقة. ونقل حنبل، عن أحمد مثل هذا القول. وأنكره الخلال، وقال: ليس هذا مذهباً لأحمد. ولنا، قول النبي ﷺ، في حديث زيد بن خالد: «فإن لم تعرف، فاستنفقها». وفي لفظ: «وإلاَّ فَهِيَ كَسبِيلِ مَالِكَ». وفي لفظٍ: «ثُمَّ كُلْهَا». وفي لفظ: «فَانْتَفِعْ بِهَا». وفي لفظٍ: «فَشَأْنَكَ بِهَا». وفي حديث أُبيِّ بن كعب: «فَاسْتَنْفِقْها». وفي لفظ: «فَاسْتَمْتِعْ بها». وهو حديث صحيحٌ. ولأن من ملك بالقرض ملك باللقطة كالفقير، ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف، كالفقير. وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت، ولا نقل في كتاب يوثق به. ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف إلى الله لا يتملكه إلا من يستحق الصدقة. لا برهان لها، ولا دليل عليها، وبطلانها ظاهر؛ فإن الأشياء كلها تضاف إلى الله تعالى خلقاً وملكاً، قال الله تعالى: ﴿وَآتُوهُم مِّن مالِ الله الذي ءاتاكُم﴾. ينظر: المغني ٨/ ٢٩٩ ـ ٣٠٠.

(٢) في ط: اللقط.

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٨٢) في كتاب «المكاتب»، باب: «الرضاع» حديث (٣٥).
قال: نا محمد بن أحمد بن عمرو بن عبد الخالق نا أبي نا خالد بن يوسف نا ابي نا زياد بن سعد عن سمي عن أبي صالح عن أبي هريرة. . . . فذكره.
قال العظيم آبادي: الحديث رواه البزار أيضاً في مسنده عن يوسف بن خالد السمتي، وكلاهما ضعيفان.
قلت: يشهد له حديث زيد بن خالد المتقدم.

أحدهما: أنه نفى الحل مطلقًا، وحالة الفقر غير مرادة بالإجماع، فتعين حالة الغنى.

والثاني: أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة الفقير دون الغني، ولأن[1] الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز إلا لضرورة، ولا ضرورة، إذا كان غنيًا، وأما الحديث فلا حجة له فيه؛ لأن قوله - عليه الصلاة والسلام - فشأنك بها إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ؛ لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقط إلى هذه الغاية، أو يحمله على هذا؛ توفيقا بين الحديثين؛ صيانةً لهما عن على التناقض، /وَإذا تصدق بها على الفقراء، فإذا جاء صاحبها كان له الخيار: إن شاء أمضى الصدقة، وله ثوابها، وَإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجده؛ لأن التصدق كان موقوفًا على إجازته، وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه؛ كما في غاصب الغاصب، وَإن كان فقيرًا، فإن شاء تصدق بها على الفقراء، وَإن شاء أنفقها على نفسه، فإذا جاء صاحبها خَيَّره بين الأجر وبين أن يضمنها له؛ على ما ذكرنا.

وكذلك إذا كان غنيًا جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته، إذا كانوا فقراء، وكل جواب عرفته في لقطة الحل، فهو الجواب في لقطة الحرم، يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره، وهذا عندنا.

وعند الشافعي - رحمه الله - لقطة الحرم تعرف أبدًا، ولا يجوز الانتفاع بها بحال.

واحتج بما روي عن النبي - عليه الصلاة والسلام - أنه قال في صفة مكة: «وَلاَ تحِلُّ لُقَطَتُهَا إلاَّ لِمُنْشِدٍ»[2] أي: لمعرف، فالمنشد المعرف، والناشد الطالب، وهو المالك ومعنى

---

(١) في ط: وإن.

(٢) المروي في ذلك لفظان: «أحدهما أنه لا ترفع لقطتها إلا لمنشد الثاني لا يرفع لقطتها إلا منشد».
أما اللفظ الأول:

أخرجه البخاري (٥/ ٨٧) كتاب اللقطة: باب إذا وجد تمرة في الطريق حديث (٣٤٣٤) ومسلم (٢/ ٩٨٨) كتاب الحج باب تحريم مكة وصيدها حديث (٤٤٧/ ١٣٥٥) وأبو داود (٢/ ٥١٨) كتاب المناسك: باب تحريم حرم مكة حديث (٢٠١٧) والدارمي (٢/ ٢٦٥) كتاب البيوع: باب في اللقطة، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٤٠) كتاب اللقطة والضوال، وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٥٠٨) وأحمد (٢/ ٢٣٨) والدارقطني (٣/ ٩٦ - ٩٧) كتاب الحدود والديات رقم (٥٨) والبيهقي (٦/ ١٩٩) كتاب اللقطة: باب لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد كلهم من طريق يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال لما فتح الله عز وجل على رسوله ﷺ مكة قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وإنها لم تحل لأحد قبلي وإنها أحلت لي ساعة من نهار وإنها لن تحل لأحد بعدي فلا ينفر صيدها ولا يختلي شوكها ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد».

أما اللفظ الثاني.

أخرجه البخاري (٨/ ٢٦) كتاب المغازي: باب (٥٣) حديث (٤٣١٣) ومسلم (٢/ ٩٨٦) كتاب الحج: =

الحديث أنه لا يحل [أخذ][(١)] لقطة الحرم إلا للتعريف[(٢)].

= باب تحريم مكة وصيدها حديث (١٣٥٣/٤٤٥) وأبو داود (٦١٦/١) كتاب المناسك: باب تحريم حرم مكة حديث (٢٠١٨) والنسائي (٢٠٣/٥، ٢٠٤) وأحمد (٢٥٩/١، ٣١٥ ـ ٣١٦) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٥٠٩) والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢٠٩/٤) والبيهقي (١٩٩/٦) كتاب اللقطة: باب لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد كلهم من طريق طاوس عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال يوم فتح مكة إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السماوات والأرض فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة. وإنه لا يحل القتال فيه لأحد قبلي ولم يحل لي إلا ساعة من نهار فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة لا يعضد شوكه ولا ينفر صيده ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها ولا يختلي خلاها فقال العباس: يا رسول الله ﷺ إلا الإذخر فإنه لبيوتهم قال: إلا الإذخر.

(١) سقط في ط.

(٢) أصح قول الشافعي: أن لُقطة مكة وحرمها لا يجوز أخذها للتمليك، وإنما تؤخذ للحفظ والتعريف بخلاف سائر البلاد. وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبي عبيد لما في الصحيحين عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: «إن هذا البلد حرمه الله لا يُعضَدُ شوكه، ولا يُنَفَّر صيده، ولا تُلْتقط لقطته إلا من عرَّفها» ومعلوم أن لقطة كل بلد تعرّف، ولو كان كغيره لم يكن لتخصيصه بهذا الذكر معنى. وفي مسند أحمد عن عبد الرحمن بن عثمان أنه ﷺ نهى عن لقطة الحاج. وزعم ابن الجوزي أن مسلماً أخرجه في الصحيح ولم يذكره الحافظ أبو الحجاج المزي في الأطراف، والمعنى فيه أن مكة مثابة للناس يعودون إليها مرة بعد أخرى، وربما يعود إليها من أضلها أو يبعث في طلبها. والقول الثاني إنها كلقطة سائر البلدان. والمراد من الخبر، أنه لا بد من تعريفها به كما في سائر البلدان فلا يتوهم أن تعريفها في الموسم كان لكثرة الناس وهو مذهب الأئمة الثلاثة.

قال ابن المنذر: ورويناه عن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب. يعني وبعد الحول تملك. قال أبو عبيد في كتاب الأموال: الصحيح عند ابن مهدي: هو القول الأول لقوله: ولا تلتقط لقطتها إلا لمنشد. قال ابن مهدي: المعنى ليس يحل له إلا إنشادها، فأما الانتفاع بها فلا يجوز. وقال جرير بن عبد الحميد: معنى قوله: إلا لمنشد أي إلا لمن يسمع ناشداً يقول: من أصاب كذا فحينئذٍ يجوز للملتقط أن يرفعها إذا رآها ليردها إلى صاحبها. ومال ابن راهويه إلى هذا القول. وقيل: معناه لا تحل إلا له، وهو خبر في المعنى. لكنه لا يقال للطالب منشد، لأن المنشد، المعرف. والطالب الناشد: قال أبو عبيد: وليس للحديث وجه إلا ما قاله ابن مهدي واختاره من المالكية الداودي، والباجي، وابن العربي، قال القرطبي في شرح مسلم: وهو الأظهر. وقال الماوردي في الحاوي: في المنشد تأويلان. أحدهما وهو قول أبي عبيدة؛ أنه صاحبها الطالب لها، والناشد هو المعرف الواجد لها، والمعنى لا تحل لمن يتملكها إلا صاحبها التي هي له دون الواجد. والثاني وهو قول الشافعي: أن المنشد الواجد المعرف، والناشد هو المالك الطالب ومنه الحديث ـ وقد سمع رجلاً يُنْشد ضالة في المسجد ـ: أيها الناشد، غيرُك الواجد. والمعنى لا تحل لقطتها إلا لمعرف يقيم على تعريفها ولا يتملكها، وعلى كل من التأويلين ففيه دليل على تحريم تملكها.

ينظر: إعلام الساجد ص ١٥٢ إلى ١٥٣.

وَلَنَا ما ذكرنا مِنَ الدلائل من غير فصلٍ بين لقطة الحل والحرم، ولا حجة له في الحديث؛ لأنا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها إلا للتعريف، وهذا حال كل لقطة، إلا أنه خص ـ عليه الصلاة والسلام ـ لقطة الحرمَ بذلك؛ لما لا يوجد صاحبها عادةً، فتبين أن ذا لا يسقط التعريف، وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا، وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة، فإن أنفق عليها بأمر القاضي يكون دينًا على مالكها، وَإِن أنفق بغير إذنه يكون متطوعًا، فينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي،[حتى][1] ينظر في ذلك، فإن كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة، أمره بأن يؤاجرها وينفق عليها من أجرتها؛ نظرًا للمالك.

وَإِن كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة، وخشي أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها، أمره ببيعها وحفظ ثمنها [وقام ثمنها][2] مقامها في حكم الهلاك، وَإِن رأى الأصلح أن لا يبينها، بل ينفق عليها، أمره بأن ينفق عليها، لكن نفقة لا تزيد على قيمتها، ويكون ذلك دينًا على صاحبها، حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة، وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن، وَإِن أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع إليه قدر ما أنفق، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

كِتَاب الإِبَاقِ[1]

الكلام في هذا الكتاب في مواضع:

في تفسير الآبق.

وفي بيان حاله.

وفي بيان ما يصنع به.

وفي بيان حكم ماله.

أما الأول: فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه.

---

(١) الإباقُ: الهرب لا عن تعب ورهب، وصرفه من حد دخل وضرب جميعاً. والنعت الآبق، وجمعه الإباق.

والإباق في اللغة: الفرار الهرب مطلقاً، من باب ضرب ونصر. وفي التنزيل العزيز: [سورة الصافات: آية/ ١٤٠] ﴿إِذْ أبق إلى الفُلْكِ المشحُونِ﴾. وهو في الشريعة: هروبٌ مخصوصٌ، وهو هرب العبد المملوك من مالكه وتمرده في الانطلاق، وهو من سوء الأخلاق. وحكمه: أنه يندب لمن قدر عليه أخذه ورده إلى سيده، أو إلى السلطان. [المصباح المنير ج١/ ٣/ وأنيس الفقهاء / ١٨٩/ والصِّحاح ج٥/ ٢٠٧١/ ، والمُغْرِب ج١/ ٢٣].

ورُوي عن أبي عمرو الشيباني أنَّه قال: كنتُ قاعداً عندَ عبدِ الله بن مسعودٍ رضي الله عنه فجاء رجل فقال: إن فلاناً قدم بإباقٍ من الفيوم: هو اسم موضع، فقال القوم: لقد أصاب أجراً. فقال عبد الله رضي الله عنه: وجعلا إن شاء من كل رأس أربعين درهماً: أي إن شاء أخذ الجعل الواجب برده، فيصيب الأجر والجعل جميعاً. والجعل: ما جعل للإنسان من شيء على الشيء يفعله.

وروي أن عبداً لرجل أخذ عبداً آبقاً لأخر، فكتب إلى مولاه بذلك، وطلب منه أن يأتي أهله فيجتعل له منهم، أي كتب راد الآبق إلى مالك نفسه يقول له: اذهب إلى مولى الآبق وخذ منه الجعل لي، لأني أرد عبده الآبق، ففعل مولاه ذلك، ثم كتب إليه، فأقبل بالعبد ليرده فأبق منه، فاختصموا إلى شريح رحمه الله فضمنه إياه، فاختصموا إلى عليٍّ رضي الله عنه، فقال: أخطأ شريح وأساء القضاء، أي لم يكن أن يضمنه، لأنه قد أشهد عند الأخذ، ثم قال عليٌّ رضي الله عنه: يحلف العبد الأحمر للعبد الأسود بالله لأبق منه، ولا ضمان عليه. اللام في «لأبق» لام تأكيد، وهو يزاد في جواب القسم إذا كان للإثبات.

وأما حاله: فحال اللقطة قبل الأخذ وبعده، وقد ذكرنا تفاصيله في «كتاب اللقطة».

فصل فيما يصنع بالآبق

وأما بيان ما يصنع به فنقول: [لاستيفاء الثمن][(١)] وبالله التوفيق: إذا أخذ الآبق لصاحبه فإن شاء الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيء فيأخذه، وإن شاء ذهب به إلى صاحبه فرده عليه، فإن أمسكه فجاء إنسان وادعى أنه عبده، فإن أقام البينة دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً إن شاء؛ لجواز أن يجيء آخر فيدعيه ويقيم البينة، فله أن يستوثق بكفيل، وإن لم يكن له بينة، ولكن أقر العبد بذلك، دفعه إليه أيضًا؛ لأنه ادعى شيئًا لا ينازعه فيه أحدٌ، فيكون له، ويأخذ منه كفيلاً إن شاء؛ لما قلنا.

وما أنفق عليه فإن كان بإذن القاضي يرجع به على صاحبه، وإلا فلا؛ لأنه يكون متطوعًا، فإن طالت المدة ولم يجيء له طالبٌ، باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه؛ لأن ذلك حفظ له معنى، فإن باعه وأخذ ثمنه ثم جاء إنسان وأقام البينة أنه عبده، دفع الثمن إليه، وليس له أن ينقض البيع؛ لأن البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية؛ لأنه من باب حفظ ماله؛ إذ لو لم يبع لأتتِ النفقة على جميع قيمته، فيضيع المال، فكان بيعه حفظًا له من حيث المعنى، والقاضي يملك مال الغائب؛ ولهذا يبيع ما يتسارع إليه الفساد.

ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه، لم يصدق في نقض البيع؛ لما قلنا، وينفق القاضي عليه في مدة حبسه إياه من بيت المال، ثم إذا جاء/ صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه إن باعه؛ لأن الإنفاق عليه إحياء ماله، فيكون عليه، وإذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل؛ لأنه إذا جاء به فقد استحق الجعل على مالكه، فكان له حق حبسه بالجعل؛ كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن.

ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه، لكن يسقط الجعل؛ كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس [لاستيفاء الثمن] بالثمن، لكن يسقط الثمن عن المشتري، ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية، وهذه المسألة في «كتاب [آداب][(٢)] القاضي» في بيان شرائط قبول كتاب القاضي إلى القاضي.

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.

فصل في حكم ماله

وأما بيان حكم ماله، فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانًا، والكلام في الجعل في مواضع:

في بيان أصل الاستحقاق.

وفي بيان سببه.

وفي بيان شرطه.

وفي بيان ما يستحق عليه.

وفي بيان قدر المستحق.

أما أصل الاستحقاق: فثابتٌ عندنا استحسانًا، والقياسُ أن لا يثبت أصلاً؛ كما لا يثبت برد الضالة.

وقال الشافعي - رحمه الله -: يثبت بالشرط، ولا يثبت بدونه؛ حتى لو شرط الآخذ الجعل عن المالك وجب، وإلا فلا.

وجه قول الشافعي - رحمه الله - أنه رد مال الغير عليه محتسبًا، فلا يستحق الأجر؛ كما لو رد الضالّة إلا إذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط؛ لقوله عليه الصلاة والسلام المُسْلِمُونَ / عِنْدَ شُرُوطِهِمْ.

ولنا: ما رواه محمد بن الحسن - عليه الرحمة - عن أبي عمرو الشيباني أنه قال: كنتُ قاعدًا عند عبد الله بن مسعود، فجاء رجل، فقال: قدم فلان بإباق من القوم، فقال القوم لقد أصاب أجرًا، فقال عبد الله - رضي الله عنه - وجعلا إن شاء من كل رأس [أربعين][1] درهمًا[2]، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكرٌ، فيكون إجماعًا؛ ولأن جعل الآبق طريق صيانة عن الضياع؛ لأنه لا يتوصل إليه بالطلب عادةً؛ إذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك، فلو لم يأخذه

---

(١) سقط في ط.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٢٠٨) كتاب «البيوع» باب: الجعل في الآبق، حديث (١٤٩١١) والبيهقي (٦/ ٢٠٠) كتاب اللقطة، باب: «الجعالة» كلاهما من طريق سفيان الثوري عن أبي رباح عن أبي عمرو الشيباني قال أتيت ابن مسعود... فذكره بنحوه.
قال البيهقي: وهو أمثل ما في الباب.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤٧٠): ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني.
في ب: عادة.

لضاع، ولا يؤخذ لصاحبه، ويتحمل مؤنة الأخذ والرد عليه[1] مجانًا بلا عوضٍ عادةً، وإذا علم أن له عليه جعلاً تحمل مشقة/ الأخذ والرد، طمعًا في الجعل، فتحصل الصيانة عن الضياع، فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع، وصيانة المال عن الضياع واجب،/ فكان المالك شارطًا للأجر عند الأخذ والرد دلالة؛ بخلاف الضالة؛ لأن الدابة إذا ضلت فإنها ترعى في المراعي المألوفة، فيمكن الوصول إليها بالطلب عادة، فلا تضيع دون الأخذ، فلا حاجة إلى الصيانة بالجعل، فإن أخذه آخذ كان في الأخذ والرد محتسباً فلا يستحق الأجر، فهو الفرق، وأما سبب استحقاق الجعل، فهو الأخذ لصاحبه؛ لأنه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب.

فصل في شروط الاستحقاق

وأما شرائط الاستحقاق فأنواع:

منها: الرد على المالك؛ لأن الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط أن توجد العلة عند وجوده، حتى لو أخذه فمات أو أبق من يده قبل الرد، لا يستحق الجعل، ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك، فالجعل للثاني ولا شيء للأول؛ لأنه لما أبق من يده فقد انفسخ ذلك السبب أو بقي ذلك سببًا محضاً؛ لانعدام شرطه؛ وهو الرد على المالك، وقد وجد السبب والشرط من الثاني، فكان الأول صاحب سبب محض، والسبب المحض لا حكم له، والثاني صاحب علة، فيكون الجعل له.

ولو كان الراد واحدًا والآبق اثنين، فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما، ولو كان الراد اثنين والآبق واحدًا، فلهما جعل واحد بينهما نصفان؛ لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط، ولو كان الراد واحدًا والآبق واحدًا والمالك اثنين، فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما.

ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات، فله الجعل في تركته؛ لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة، ثم إن كان عليه دين محيط بماله، فهو أحق بالعبد حتى يعطي الجعل لما ذكرنا، وإن لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون، فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه، ثم يقسم الباقي بين الغرماء؛ لأنه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء، لاستيفاء الجعل، فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن.

---

(١) في ب: حصل على كل واحد منهما والآبق واحد لوجود سبب.

هذا إذا جاء به أجنبيٌّ فوجد المالك قد مات، فأما إذا جاء به وارث الميت، فوجد مورثه قد مات، فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ إذا كان المالك حيًا وقت الأخذ، وعند أبي يوسف: لا جعل له وإن كان حيًا وقت الأخذ إذا مات قبل الوصول إليه.

ب وجه قوله إنه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على/المالك؛ لأنه رد على نفسه وجه قولهما إن المجيء به من مسيرة ثلاثة أيام ـ مثلاً ـ في حال حياة المالك على قصد الرد، رد على المالك فيستحق الجعل، كما إذا وجده حَيًا؛ ولهذا لو كان الراد أجنبيًا استحق الجعل لما قلنا؛ كذا هذا.

ولو جاء به فأعتقه مولاه قبل أن يرده عليه أو باعه منه، فله الجعل لما ذكرنا أن المجيء به على قصد الرد على المالك، رد عليه ويجب الجعل برد الآبق المرهون؛ لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك، إلا أنه يجب على المرتهن؛ لأن منفعة الصيانة رجعت إليه.

أَلاَ ترى أنه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته، فإذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» وسواء كان الراد بالغًا أو صبيًا، حرًا أو عبدًا؛ لأن الصبي من أهل استحقاق الأجر بالعمل، وكذا العبد، إلاَّ أن الجعل لمولاه؛ لأنه ليس من أهل ملك المال، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

ومنها: أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك، حتى لو كان في عياله لا جعل له، سواء كان وارثًا أو أجنبيًا؛ لأنه إذا كان في عياله، كان الرد منه بمنزلة رد المالك؛ ولأنه إذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملاً لنفسه؛ لأن منفعة الرد تعود إليه، ومن عمل لنفسه لا يستحق الأجر على غيره.

والأصل أن الراد إذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنًا ما كان، وَإن لم يكن في عياله فله الجعل كائنًا ما كان، إلا الابن يرد آبق أبيه، والزوج يرد آبق زوجته؛ لأنه لا جعل لهما، وَإن لم يكونا في عيالهما؛ لأن الابن وإن لم يكن في عيال أبيه، فالرد منه يجري مجرى الخدمة لأبيه، والابن لا يستحق الأجرة بخدمة أبيه لأنها مستحقة عليه، ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لا يستحق الأجر؛ بخلاف الأب مع ما أن الأولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الإرث، فكان رَادًا عبد نفسه معنى؛ إذ كان بالرد عاملاً لنفسه، فلا يستحق الأجر، وكذلك الزوج إذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لأنه ينتفع بمالها عادةً؛ وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر[1]، فلا يستحق الجعل.

---

(١) في ب: لصاحبه.

وأما الأب إذا رد عبد ابنه، فَإن كان في عياله لا جعل له، لأن الأجنبي الذي في عياله لا جعل له، فالقرابة أولى، وَإن لم يكن في عياله، فله الجعل؛ لأن الأب لا يستخدم/طبعًا أ وشرعًا وعقلاً؛ ولهذا لو خدم بالأجر وجب الأجر، فلا يمكن حمله على الخدمة، فيحمل على طلب الأجر.

وكذا الآباء لا يحفظون أموال الأولاد للانتفاع بها بطريق الإرث؛ لأن موتهم يتقدم موت الأولاد عادةً، فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه؛ لذلك افترق الأمْرَانِ.

وعلى هذا سائر ذوي الأرحام من الأخ والعم والخال وغيرهم؛ أن الراد إن كان في عيال المالك لا جعل له؛ لما قلنا؛ وَإن لم يكن في عياله، فله الجعل؛ وعلى هذا الوصي إذا رد عبد اليتيم لا جعل له؛ لأن اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه، فلا يستحق الجعل على الرد؛ وكذا عبد الوصي إذا رَدَّ عبد اليتيم؛ لأن رد عبده كرده.

ومنها: أن يكون المردود مرقوقًا مطلقًا كالقن والمدبر وأم الولد؛ حتى لو كان مكاتبًا لا جعل له؛ لأنه ليس بمرقوق على الإطلاق، بل هو فيما يرجع إلى مكاسبه حر، ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك في قول الرجل: كل مملوك لي حر، إلا بالنية، بخلاف المدبر وأم الولد؛ ولأن استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع، ولا حاجة إلى الصيانة في المكاتب؛ لأنه لا يهرب عادة؛ لأن العقد في جانبيه غير لازم، فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعز نفسه بالإباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد؛ لأنهما يستخدمان عادة، فلعلهما يكلفان ما لا يطيقان، فيحملهما ذلك على الهرب، فتقع الحاجة إلى الصيانة بالجعل كما في القن، إلاَّ أن الفرق بينهما وبين القن أنه إذا جاء بالقن وقد مات المولى قبل أن يصل إليه، فله الجعل، وَإن جاء بالمدبر وأم الولد وقد مات المولى قبل الوصول إليه لا جعل له.

ووجه الفرق ظاهرٌ؛ لأنهما يبقيان بموت السيد، فلم يوجد رد المرقوق أصلاً، فلا يستحق الجعل بخلاف القن، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في بيان من يستحق عليه

وأما بيان من يستحق عليه، فالمستحق عليه هو المالك إذا أبق من يده؛ لأن الجعل مؤنة الرد، ومنفعة الرد عائدة إلى المالك، فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان، وَلَوْ أبق عبد الرهن من يد المرتهن، فالجعل عليه؛ لأن منفعة الرد تعود إليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة إلى استيفاء الدين؛ فإن كان في قيمة العبد فَضْلٌ على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن، والزيادة على الراهن. والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل في بيان قدر المستحق

وأما بيان قدر المستحق، فينظر: إن رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا فله أربعون درهمًا؛ لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ وإن رده دون ذلك فبحسابه، وإن رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه؛ لأن الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره، إلا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل، فيزداد بزيارته، وينقص بنقصانه.

هَذَا إذا كانت قيمة العبد أكثر من الجُعل فإن كانت مثل الجعل أو أنقص منه، ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف له الجعل تامًا، وإن كانت قيمة العبد درهمًا واحدًا.

واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال: من كل رأس أربعين درهمًا، اعتبر الرأس دون القيمة.

وجه قولهما إن الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا، ولا فائدة في هذه الصيانة. لو اعتبرنا الرأس دون القيمة؛ لأنه إن كان يصان من وجه يضيع من وجه آخر، فلا فرق بين الضياع بترك الأخذ والإمساك وبين الضياع بالجعل، فلا بد من أن ينقص من قيمته درهم؛ ليكون الصوت بالأخذ مفيدًا.

والحديث محمولٌ على ما إذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهمًا؛ توفيقاً بين الدلائل بقدر الإمكان، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

كِتَابُ السِّبَاقِ[1]

الكلام في هذا الكتاب في موضعين:

في تفسير السباق.

وفي بيان شرائط جوازه.

أما الأول: فالسباق: فعال من السبق، وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الإبل؛ ونحو ذلك، فيقول: إن سبقتك فكذا، أو إن سبقتني فكذا، ويسمى أيضًا رِهَانًا؛ فعالاً من الرهن[2].

فصل في شروط جواز السباق

وأما شرائط جوازه فأنواع:

منها: أن يكون في الأنواع الأربعة: الحافر[3]، والخف[4]، والنصل[5]، والقدم[6]، ولا

---

(١) السبق بسكون الباء: مصدر سبق يسبق سبقاً والسبق بتحريك الباء: المال الذي يسابق عليه ينظر النظم (٥٢/٢).

(٢) وهذا الباب من مبتكرات إمامنا الشافعي رضي الله تعالى عنه التي لم يسبق إليها كما قاله المزني وغيره.
والمسابقة الشاملة للمناضلة سنة للرجال المسلمين بقصد الجهاد بالإجماع ولقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠] الآية. وفسر النبي ﷺ القوة بالرمي.
ينظر الإقناع ٥٧٩/٢.

(٣) الحافر: واحد حوافر الدابة، قال في المصباح: حفرت الأرض حفراً، من باب ضرب، وسمي حافر الفرس والحمار من ذلك؛ كأنه يَحْفِرُ الأرض لشدة وطئه عليها. انظر ترتيب القاموس (حفر)، والمصباح (حفر).

(٤) الخُفُّ؛ بالضم: مجمع فِرْسِنِ البعير، وجمعه: أخفاف. انظر ترتيب القاموس (خفف).

(٥) النصل: حديدة السهم والرمح والسيف، ما لم يكن له مَقْبِضٌ، وجمعه: أَنْصُلٌ؛ في القلّة، ونِصَال ونُصُول؛ في الكثرة انظر ترتيب القاموس (نصل).

(٦) القدم: الرِّجْلُ، مؤنثة، قال في صاحب القاموس: «وقول الجوهرة واحد الأقدام ـ سهو؛ صوابه: واحدة» أي: القدم، واحدة الأقدام، وجمعها ـ كما سمعت ـ: الأقدام انظر ترتيب القاموس (قدم).

[يجوز][1] في غيرها؛ لما رَوى عَلَيْهِ الصلاة والسلام أنه قال: «لاَ سَبَقَ إِلاَّ فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصَالٍ»[2] إلا أنه زيد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ، ففيما وراءه بقي على أصل النفي؛ ولأنه لعب، واللعب حرام في الأصل، إلا أن اللعب بهذه الأشياء صار مستثنى من التحريم شرعًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام ـ: «كُلُّ لَعِبٍ حَرَامٌ إِلاَّ مُلاَعَبَةَ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ وَقَوْسَهُ وَفَرَسَهُ»[3] حرم عليه الصلاة والسلام كلَّ لعبٍ واستثنى الملاعبة بهذه

---

(١) ـ سقط من ط.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩) كتاب الجهاد: باب في السبق حديث (٢٥٧٤) والترمذي (٤/ ١٧٨) كتاب الجهاد: باب ما جاء في الرهان والسبق حديث (١٧٠٠) والنسائي (٦/ ٢٢٦) كتاب الخيل: باب السبق حديث (٣٥٨٥) وأحمد (٢/ ٤٧٤) والشافعي (٢/ ١٢٨) كتاب الجهاد حديث (٤٢٢) وابن حبان (١٦٣٨ ـ موارد) والطبراني في «الصغير» (١/ ٢٥) والبيهقي (١٠/ ١٦) كتاب السبق والرمي باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٥٣٥ ـ بتحقيقنا) من طريق ابن أبي ذئب عن نافع عن أبي هريرة به. وقال الترمذي: حديث حسن وأقره البغوي.

وصححه ابن حبان.

وأخرجه الشافعي (٢/ ١٢٩) كتاب الجهاد حديث (٤٢٣) والبيهقي (١٠/ ١٦) كتاب السبق والرمي: باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل من طريق ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب عن عباد بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة به بلفظ: لا سبق إلا في حافر أو خف.

وأخرجه النسائي (٦/ ٢٢٧) كتاب الخيل: باب السبق، وابن ماجه (٢/ ٩٦٠) كتاب الجهاد: باب السبق والرهان حديث (٢٨٧٨) وأحمد (٢/ ٢٥٦، ٣٨٥، ٤٢٥) والبيهقي (١٠/ ١٦) كتاب السبق والرمي: باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، من طريق محمد بن عمرو عن أبي الحكم مولى الليثيين عن أبي هريرة.

وأخرجه أحمد (٢/ ٣٥٨) من طريق أبي صالح عن أبي هريرة وفي الباب عن ابن عباس وابن عمر.

حديث ابن عباس.

أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٠/ ٣٨٢) رقم (١٠٧٦٤) من طريق عبد الله بن هارون الفروي ثنا قدامة عن مخرمة بن بكير عن أبيه عن عطاء عن ابن عباس قال: لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل.

والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٢٦٦) وقال: وفيه عبد الله بن هارون الفروي وهو ضعيف.

حديث ابن عمر.

أخرجه ابن حبان (٧/ ٩٦ ـ الإحسان) رقم (٤٦٧٠) من طريق عاصم بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي ﷺ سابق بين الخيل وجعل بينهما سبقاً وجعل بينهما محللاً وقال: لا سبق إلا في حافر أو نصل.

ومن طريق عاصم رواه ابن أبي عاصم في الجهاد كما في «التلخيص» (٤/ ١٦٣ ـ ١٦٤) وقال الحافظ: وعاصم هذا ضعيف واضطرب فيه رأي ابن حبان فصحح حديثه تارة وقال في الضعفاء: لا يجوز الاحتجاج به وقال في الثقات يخطيء ويخالف.

(٣) روي من حديث عقبة بن عامر الجهني، ومن حديث جابر بن عبد الله، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث عمر بن الخطاب.

=

الأشياء المخصوصة، فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم؛ إذ الاستثناء تكلم بالباقي

= فأما حديث عقبة بن عامر:
أخرجه أحمد (٤/١٤٦، ١٤٨).
وأبو داود (٣/ ١٣) كتاب «الجهاد»: باب: «في الرمي»، حديث (٢٥١٣).
والترمذي (٤/ ١٧٤) كتاب «فضائل الجهاد» باب: «ما جاء في الرمي في سبيل الله»، حديث (١٦٣٧).
والنسائي (٦/ ٢٨، ٢٢٢ - ٢٢٣) كتاب «الجهاد»، باب: «ثواب من رمى بسهم في سبيل الله»، حديث (٣١٤٦) مختصراً، كتاب «الخيل»، باب: «تأديب الرجل فرسه»، حديث (٣٥٨٠).
وابن ماجه (٢/ ٩٤٠) كتاب «الجهاد» باب: «الرمي في سبيل الله»، حديث (٢٨١١).
والطبراني (١٧/ ٣٤١) (٩٤١). والحاكم (٢/ ٩٥).
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.
قلت: كلهم أخرجوه من طريقين:
الأول: من طريق أبي سلام عن خالد بن زيد عنه به فذكره بنحوه.
الثاني: من طريق أبي سلام عن عبد الله بن زيد بن الأزرق عنه به فذكره بنحوه.
وكلا الطريقين ضعيف.
خالد بن زيد الجهني قال عنه الحافظ مقبول - أي عند المتابعة وإلا عليه - التقريب (١٦٤٤).
قلت: تابعه عبد الله بن زيد بن الأزرق، ولم يوثقه غير ابن حبان، وابن حبان معروف بتساهله في التوثيق.
قلت: من مما سبق يظهر الاضطراب في هذا الحديث؛ فأبو سلام مرة يرويه عن عبد الله بن الأزرق ومرة يرويه عن خالد بن زيد (أو يزيد) الجهني وكلاهما مجهول الحال.
وأما حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنه -:
أخرجه النسائي في الكبرى (٥/ ٣٠٢، ٣٠٣) كتاب «عشرة النساء»: باب: «ملاعبة الرجل زوجته»، حديث (٨٦٣٨ - ٨٦٤٠) من طرق عن عطاء بن أبي رباح، قال: رأيت جابر بن عبد الله وجابر بن عمير الأنصاريين يرميان، قال: فأما أحدهما فجلس، فقال له صاحبه أكسلت؟ قال نعم.
فقال أحدهما للآخر أما سمعت رسول الله ﷺ يقول: «كل شيء ليس من ذكر الله فهو لعب؛ إلا أربعة: ملاعبة الرجل امرأته، وتأديب الرجل فرسه، ومشي الرجل بين الغرضين، وتعلم الرجل السباحة».
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٧٤): ورواه إسحاق بن راهويه في «مسنده» حدثنا محمد بن سلمة الجزري عن أبي عبد الرحمن خالد بن أبي يزيد عن عبد الوهاب بن بخت المكي عن عطاء بن أبي رباح به؛ ومن طريق إسحاق رواه الطبراني في «معجمه»، وكذلك رواه البزار في «مسنده»، وجعله من مسند جابر بن عمير، وكذلك ابن عساكر.
قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٢٧٢): رواه الطبراني في الأوسط والكبير والبزار، ورجال الطبراني رجال الصحيح خلا عبد الوهاب بن بخت وهو ثقة.
وأما حديث أبي هريرة: أخرجه الحاكم (٢/ ٩٥) من طريق سويد بن عبد العزيز ثنا محمد بن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة - رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «كل شيء من لهو الدنيا باطل إلا =

بعد الثنيا؛ وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة [بما روينا][١] من الحديث؛ وبما روي عن سعيد بن المسيب أنه قال: إن العضباء ناقة رسول الله ـ ﷺ ـ كانت تسبق كلمًّا دفعت في سباق، فدفعت يومًا في إبل فسبقت، فكانت على المسلمين كآبة إذ سبقت؛ فقال رسول الله ـ صَلَّى الله عليه وسلم ـ: «إِنَّ النَّاسَ إِذَا رَفَعُوا شَيْئًا أَوْ أَرَادُوا رَفْعَ شَيْءٍ وَضَعَهُ اللهُ»[٢].

= ثلاثة: انتضالك بقوسك، وتأديبك فرسك وملاعبتك أهلك؛ فإنها من الحق... الحديث».
قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وتعقبه الذهبي فقال: سويد متروك.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٧٤).
قال ابن أبي حاتم في «كتاب العلل» سألت أبي، وأبا زرعة عن حديث رواه سويد بن عبد العزيز عن ابن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال، فذكره، فقالا: هذا خطأ، وهم فيه سويد إنما هو عن ابن عجلان عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين، قال: بلغني أن رسول الله ﷺ قال: فذكره؛ هكذا رواه الليث، وحاتم بن إسماعيل، وجماعة، وهو الصحيح مرسلاً، قال أبي: ورواه ابن عيينة عن ابن أبي حسين عن رجل عن أبي الشعثاء عن النبي ﷺ، وهو أيضاً مرسل، انتهى كلامه.
قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٢٧٢): رواه الطبراني في «الأوسط» وفيه سويد بن عبد العزيز، قال أحمد: متروك.
وأما حديث عمر فأخرجه الطبراني كما في نصب الراية (٤/ ٢٧٤) «ومجمع الزوائد» (٥/ ٢٧٢)، قال: قال رسول الله ﷺ: «كل لهو يكره إلا ملاعبة الرجل امرأته، ومشيه بين الهدفين، وتعليمه فرسه».
قال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه المنذر بن زياد الطائي وهو ضعيف.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٧٤): رواه ابن حبان في كتاب الضعفاء وأعله بالمنذر، وقال إنه يقلب الأسانيد وينفرد بالمناكير عن المشاهير، لا يحتج به إذا انفرد.

(١) سقط من ط.

(٢) ذكره الهيثمي (١٠/ ٢٥٧ ـ ٢٥٨)، وقال: قال معن: كان مالك لا يسنده فخرج علينا يوماً نشيطاً فحدثناه به عن الزهري عن سعيد عن أبي هريرة.
وقال: رواه البزار ورجاله رجال الصحيح غير شيخ البزار أحمد بن الربيع فإني لم أعرفه.
وللحديث شاهد من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه: أخرجه أحمد (٣/ ١٠٣).
والبخاري (١٣/ ١٤٢) كتاب «الرقاق»، باب: «التواضع»، حديث (٦٥٠١).
وأبو داود (٤/ ٢٥٣ ـ ٢٥٤) كتاب «الأدب»، باب: «في كراهية الرفعة في الأمور»، حديث (٤٨٠٢، ٤٨٠٣).
والنسائي (٦/ ٢٢٨) كتاب الخيل، باب: «الجنب»، حديث (٣٥٩٤).
والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٥٣٤) كتاب «السير والجهاد»، باب: «المسابقة على الخيل» حديث (٢٦٤٥).
والبيهقي (١٠/ ١٦ ـ ١٧) كتاب «السبق والرمي»، باب: «لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل».
وابن حبان (٢/ ٤٧٧) كتاب «الرقاق»، باب: «الفقر والزهد والقناعة»، حديث (٧٠٣).
والدارقطني (٤/ ٣٠١) في كتاب السبق بين الخيل، حديث (١٦).
كلهم من طريقين عن أنس ـ رضي الله عنه ـ... فذكر القصة بنحو رواية سعيد بن المسيب.

وكذا السبق بالقدم؛ لما روت سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت سابقت النبيَّ ـ عليه الصلاة والسلام ـ فسبقته فلما حملت اللحم سابقته، فسبقني، فقلت: هذه بتلك[1].

فَصَارَتْ هذه الأنواع مستثناة من التحريم، فبقي ما وراءها على أصل الحرمة؛ ولأن [استثناء هذه الأنواع] يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها، وهو الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة، فكانت لعبًا صورة، ورياضة، وتعلم أسباب الجهاد، فيكون جائزًا إذا استجمع شرائط الجواز، ولئن كان لعبًا لكن اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حرامًا، ولهذا استثنى ملاعبة الأهل لتعلق عاقبة حميدة بها، وهو انبعاث الشهوة الداعية إلى الوطء الذي هو سبب التوالد، والتناسل، والسكنى؛ وغير ذلك من العواقب الحميدة، وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الأشياء، فلم يكن في معنى المستثنى، فبقي تحت المستثنى.

وَمنها: أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين إلاَّ إذا وجد فيه محللاً؛ حتى لو كان

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٣٩)، وأبو داود (٣/ ٢٩ ـ ٣٠) كتاب «الجهاد» باب: «في السبق على الرجل»، حديث (٢٥٧٨).

وابن ماجه (١/ ٦٣٦) كتاب: «النكاح»، باب: «حسن معاشرة النساء»، حديث (١٩٧٩).

والحميدي (١/ ١٢٨)، حديث (٢٦١). وابن حبان (١٠/ ٥٤٥) كتاب «السير»، باب: «السبق»، حديث (٤٦٩١).

كلهم من طريقين عن هشام بن عروة عن أبيه عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها. . . فذكرته.

وإسناده صحيح رجاله ثقات، وفي الألفاظ اختلاف يسير لا يضر.

قال في «الزوائد»: إسناده صحيح على شرط البخاري، وعزاه المزي في الأطراف للنسائي، وليس هو في رواية ابن السني.

ومن طريق علي بن زيد وهو من جدعان:

أخرجه أحمد (٦/ ١٢٩، ٢٨٠).

والطبراني (٢٣/ ٤٦)، حديث (١٢٣).

كلاهما من طريق علي بن زيد عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة رضي الله عنها به.

ومن طريق علي أيضاً، أخرجه أحمد (٦/ ١٨٢) عن القاسم بن محمد عنها به.

وعلي بن زيد وإن كان ضعيفاً إلا أن الحديث يشهد له طريق هشام فهو صحيح.

وقد تابعه هشام أيضاً من هذا الطريق؛ أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩) كتاب «الجهاد»، باب: «في السبق على الرجل»، حديث (٢٥٧٨).

والبيهقي (١٠/ ١٧ ـ ١٨) كتاب «السبق والرمي»، باب: «ما جاء في المسابقة بالعدو».

كلاهما من طريقين عن أبي إسحاق الفزاري عن هشام بن عروة عن أبيه وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ به.

وأخرجه أحمد (٦/ ٢٦١) من طريق هشام عن أبي سلمة عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ مختصراً.

الخطر من الجانبين جميعًا ولم يدخلا فيه محللاً لا يجوز؛ لأنه في معنى القمار؛ نحو أن يقول أحدُهما لصاحبه: إن سبقتني فلك على كذا، وإن سبقتك فلي عليك كذا، فقبل الآخر.

ولو قال أحدُهما لصاحبه: إن سبقتني فلك علي كذا، وإن سبقتك فلا شيء عليك، فهو جائز؛ لأن الخطر إذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار، فيحمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بمال نفسه؛ وذلك [أمر][1] مشروع كالتنفيل من الإمام، بل أَوْلَى؛ لأن هذا يتصرف في مال نفسه بالبذل[2]، والإمام بالتنفيل يتصرف فيما لغيره فيه حق في الجملة، وهو الغنيمة، فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أَوْلَىٰ.

وكذلك إذا كان الخطر من الجانبين، ولكن أدخلا فيه محللاً؛ بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم، ولا خطر من الثالث، بل إن سبق أخذ الخطر، وَإن لم يسبق لا يغرم شيئًا، فهذا مما لا بأس به أيضًا؛ وكذلك ما يفعله السلاطين؛ وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا، فهو جائز؛ لما بينا أن ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد، خصوصًا من السلطان، فكانت ملحقة بأسباب الجهاد.

ثم الإمام إذا حرض واحدًا من الغزاة على الجهاد، . بأن قال: من دخل هذا الحصن أولاً فله من النفل كذا ونحوه، جاز؛ كذا هذا، بل أولى لما بينا.

ومنها: أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الأشياء الأربعة؛ حتى لو كانت فيما يعلم أنه يسبق غالبًا لا يجوز؛ لأن معنى التحريض في هذه الصورة لا يتحقق، فبقي الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه، فيكون عبثًا ولعبًا؛ والله تعالى أعلم.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: بالبدل.

كِتَابُ الوَدِيعَةِ[1]

الكلام في هذا الكتاب يَقَعُ في مواضع:

في بيان ركن العقد.

وفي بيان شرائط الركن.

وفي بيان حكم العقد.

وفي بيان حال المعقود عليه.

وفي بيان ما يوجب تغير حاله.

أما ركنه: فهو الإيجاب والقبول؛ وهو أن يقول لغيره: أَوْدَعْتُكَ هذا الشيء، أو احفظ هذا الشيء لي، أو خذ هذا الشيء وديعةً عندك، وما يجري مجراه، ويقبله الآخر؛ فإذا وجد ذلك، فقد تم عقد الوديعة.

---

(1) الوديعة لغة: فعيلة بمعنى مفعولة، من الوَدْعِ، وهو: التَّرك.

قال ابن القطاع: ودعت الشيء وَدْعاً: تركته.

وابن السُّكِّيت، وجماعة غيره، ينكرون المصدر، والماضي من «يدع» وقد ثبت في «صحيح مسلم»، «لينتهين أقوام عن وَدْعهم الجُمُعات» وفي «سنن النسائي» من كلام رسول الله ﷺ. «اتركوا التُّركَ ما تركوكم، ودعوا الحَبَشَةَ ما ودعوكم» فكأنها سميت وديعةً، أي: متروكة عند المودع، وأودعتك الشيء: جعلته عندك وَدِيعَةً، وقبلته منك وديعة، فهو من الأضداد.

انظر: الصحاح: ٣/ ١٢٩٦، المغرب: ٤٧٩، المطلع: ٢٧٩.

واصطلاحاً: عرفها: الحنفيةُ بأنها: توكيل لحفظ مال غيره تبرُّعاً بغير تصرف.

عرفها الشَّافعية بأنها: العقد المقتضي للاستحفاظ، أو العين المستحقة به حقيقة فيها، وبتعريف آخر: توكيل من حفظ مملوك، أو محترم مختصّ على وجه مخصوص.

عَرَّفَها المالكيّة بأنها: مَالٌ وَكّل على مُجَرَّدِ حفظه.

عرفها الحَنَابلة بأنها: اسْمٌ للمال المُودَعِ المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض.

انظر: الإنصاف: ٦/ ٣١٦، الشرقاوي على التحرير: ٢/ ٩٦، مغني المحتاج: ٣/ ٧٩، حاشية الدسوقي: ٣/ ٤١٩، كشاف القناع: ٤/ ١٦٦، مجمع الأنهر ٢/ ٣٣٧، الفواكه الدواني ٢/ ٢٣٧.

فَصْل في شروط ركن الوديعة

وأما شرائط الركن فأنواعٌ:

منها عقل المودع، فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية [(١)].

وأما بلوغه، فليس بشرط عندنا، حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر، فكان من توابع التجارة، فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ لا يملك التجارة، فلا يملك توابعها؛ على ما نذكر في «كتاب المأذون»؛ وكذا حريته ليست بشرط، فيملك العبد المأذون الإيداع؛ لما قلنا في الصبي المأذون.

وَمنها: عقل المودع، فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأنَّ حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ، ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ، وأما بلوغه، فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون؛ لأنه من أهل الحفظ.

أَلاَ ترى أنه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ، لكان الإذن له سفهًا، وأما الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه؛ لأنه لا يحفظ المال عادةً؛ ألا ترى أنه منع منه ماله، ولو قبل الوديعة فاستهلكها، فإن كانت الوديعة عبدًا أو أمةً، يضمن بالإجماع، وإن كانت سواهما، فإن قبلها بإذن الولي فكذلك، وَإن قبلها بغير إذنه، لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يضمن.

وجه قوله إن إيداعه لو صح فاستهلك الوديعة يُوجب الضمان، وإن لم يصح، جعل كأنه لم يكن، فصار الحال بعد العقد كالحال قبله، ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان

---

(١) ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف، فإن أودع طفل أو معتوه إنساناً وديعة، ضمنها بقبضها، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه، وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له في ماله، أو الحاكم. فإن كان الصبي مميزاً، صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه؛ لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك. فإن أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة، فتلفت، لم يضمنها، سواء حفظها أو فرّط في حفظها. فإن أتلفها، أو أكلها، ضمنها وهو ظاهر مذهب الشافعي. وبعض الحنابلة من قال: لا ضمان عليه. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه، فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكيناً، فوقع عليها، كان ضمانه على عاقلته؟ ولنا، أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع، ضمنه بعد الإيداع، كالبالغ. ولا يصح قولهم: إنه سلطه على إتلافها. وإنما استحفظه إياها، وفارق دفع السكين، فإنه سبب للإتلاف، ودفع الوديعة بخلافه. ينظر المغني ٩/ ٢٧٩.

[كذا بعده والجامع أن الصبي مؤاخذ بأفعاله إن لم يؤاخذ بأقواله ولهذا أوجب عليه الضمان][١]. إذا كانت الوديعة عبدًا أو أمةً.

وَجْه قولهما إن الإيداع عند[٢] الصبي المحجور إهلاك للمال معنى، فَكانَ فعل الصبي إهلاك مال قائم صورة لا معنى، فلا يكون مضمونًا عليه، ودلالة ما قلنا إنه لما وضع المال في يده، فقد وضع في يد من لا يحفظه عادةً، ولا يلزمه الحفظ شرعًا، ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعًا؛ لأن الصبيّ ليس من أهل وجوب الشرائع عليه، والدليل على أنه لا يحفظ الوديعة عادةً أنه منع عنه ماله، ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه؛ قال الله ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء:٦] وبهذا فارق المأذون؛ لأنه يحفظ المال عادة.

ألا ترى أنه دفع إليه ماله، ولو لم يوجد منه الحفظ عادة، لكان الدفع إليه سفهًا؛ بخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدًا أو أمة؛ لأن هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضًا، وإنما يجب عليه ضمان الدم؛ لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الدم[٣]، لا ضمان المال، والعبد من حيث إنه آدمي قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده، فهو الفرق كذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد، حتى يصح القبول من العبد المأذون، ويترتب عليه أحكام العقد؛ لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع، على ما نذكر في «كتاب المأذون»/. ب

وأما العبد المحجور، فلا يصح منه القبول؛ لأنه لا يحفظ المال عادةً، ولو قبلها فاستهلكها، فإن كانت عبدًا أو أمةً يؤمر المولى بالدفع أو الفداء، وَإن كانت سواهما فإن قبلها بإذن وليه يضمن بالإجماع، وإن قبلها بغير إذن وليه، لا يؤاخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال، والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور.

فصل في بيان حكم العقد

وأما بيان حكم العقد، فحكمه لزوم الحفظ للمالك؛ لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ، ومن جانب المودع التزام الحفظ، وهو من أهل الالتزام فيلزمه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، والكلام في الحفظ [يقع][٤] في موضعين: أحدهما: فيما يحفظ به، والثاني: فيما فيه يحفظ.

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: إيداع.
(٣) في ط: الأدمي.
(٤) سقط من ط.

أما الأول: فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقًا أو مقيدًا فإنْ كان مطلقًا فللمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله، وهو الذي يسكن معه وبمؤنه، فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته، كائنًا من كان، قريبًا أو أجنبيًا، من ولده وامرأته وخدمه وأجيره، لا الذي استأجره بالدراهم والدنانير، وبيد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادةً؛ كشريكه المفاوض والعنان وعبده المأذون وعبده المعزول عن بيته، هذا عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: ليس له أن يحفظ ـ إلا بيد نفسه، إلا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه، حتى لو فعل يدخل في ضمانه[1].

(١) إذا أودعها غيره. ولها صورتان؛ إحداهما، أن يودعها غيره لغير عذر، فعليه الضمان. بغير خلاف عند الحنابلة. وهو قول شريح، ومالك، والشافعي، وأبي حنيفة وأصحابه، وإسحاق. وقال ابن أبي ليلى: لا ضمان عليه؛ لأن عليه حفظها وإحرازها، وقد أحرزها عند غيره وحفظها به، ولأنه يحفظ ماله بإيداعه، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله، فلم يضمنها، كما لو حفظها في حرزه. ولنا، أنه خالف المودع فضمنها. كما لو نهاه عن إيداعها. وهذا صحيح؛ فإنه أمره بحفظها بنفسه، ولم يرض لها غيره. فإذا ثبت هذا، فإن له تضمين الأول، وليس للأول الرجوع على الثاني؛ لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين له لا ضمان عليه. وإن أحب المالك تضمين الثاني، فذكر القاضي أنه ليس له تضمينه، في ظاهر كلام أحمد؛ لأنه ذكر الضمان على الأول فقط. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأنه قبض قبضاً موجباً للضمان على الأول، فلم يوجب ضماناً آخر، وفارق القبض من الغاصب؛ فإنه لم يوجب الضمان على الغاصب، إنما لزمه الضمان بالغصب. ويحتمل أنه له تضمين الثاني أيضاً؛ لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه، ولم يأذن له مالكه، فيضمنه، كالقابض من الغاصب، وهذا مذهب الشافعي. وذكر أحمد الضمان على الأول لا ينفي الضمان عن الثاني، كما أن الضمان يلزم الغاصب. ولا ينفي وجوبه على القابض منه. فعلى هذا يستقر الضمان على الأول، فإن ضمنه لم يرجع على أحد، وإن ضمن الثاني رجع على الأول. وهذا القول أشبه بالصواب، وما ذكرنا للقول الأول لا أصل له، ثم هو منتقض بما إذا دفع الوديعة إلى إنسان عارية، أو هبة، أو وديعة لنفسه، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظ ماله من أهله، كامرأته وغلامه، لم يضمن. نص عليه أحمد. وهو قول أبي حنيفة. وقال الشافعي: يضمن؛ لأنه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها، فضمنها. كما لو سلمها إلى أجنبي. ولنا، أنه حفظها بما يحفظ به ماله، فأشبه ما لو حفظها بنفسه، وكما لو دفع الماشية إلى الراعي، أو دفع البهيمة إلى غلامه ليسقيها، ويفارق الأجنبي، فإن دفعها إليه لا يعد حفظاً منه. الصورة الثانية، إذا كان له عذر، مثل إن أراد سفراً، أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره، فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها، لم يجز له دفعها إلى غيره، فإن فعل ضمنها؛ لأنه دفعها إلى غير مالكها بغير إذنه من غير عذر، فضمنها، كما لو أودعها في الصورة الأولى. وإن لم يقدر على صاحبها ولا وكيله، فله دفعها إلى الحاكم، سواء كان به ضرورةٌ إلى السفر أو لم يكن؛ لأنه متبرع بإمساكها، فلا يلزمه استدامته، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته. وإن أودعها مع قدرته على الحاكم، ضمنها؛ لأن غير الحاكم لا ولاية له. ويحتمل أن يجوز له إيداعها؛ لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها. وإن لم يقدر على الحاكم، فأودعها ثقة، لم يضمنها؛ لأنه موضع حاجة. وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها، ثم تأول =

وَجْهُ قوله إن العقد تناوله دون غيره، فلا يملك الإيداع من غيره؛ كما لا يملك لإيداع سائر الأجانب.

ولنا: أن الملتزم بالعقد هو الحفظ، والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادةً، إلا بما يحفظ به مال نفسه، وأنه يحفظ ـ مال نفسه بيده مرة وبيد هؤلاء أخرى، فله أن يحفظ ـ الوديعة بيدهم أيضًا، فكان الحفظ بأيديهم داخلاً تحت العقد دلالةً.

وكذا له أنْ يرد الوديعة على أيديهم، حتى لو هلكت قبل الوصول إلى المالك لا ضمان عليه؛ لأن يدهم يد المودع معنى، فما دام المال في أيديهم كان محفوظًا بحفظه، وليس له أن يدفع الوديعة إلى غيرهم إلاَّ لعذر، حتى لو دفع تدخل في ضمانه؛ لأن المالك ما رضي بيده؛ ألاَ ترى أنه لا يرضى [بحفظ][1] مال نفسه بيده، فإذا/ دفع فقد صار مخالفًا، فتدخل الوديعة في ضمانه، إلاَّ إذا كان عن عذر؛ بأن وقع في داره حريق أو كان في السفينة فخاف الغرق فدفعه إلى غيره؛ لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقًا للحفظ ـ فكان الدفع بإذن المالك دلالة، فلا يضمن فلو أراد السفر فليس له أن يودع؛ لأن السفر ليس بعذرٍ.

ولو أودعها عِندَ مَنْ لَيْسَ له أن يودعه، فضاعت في يد الثاني، فالضمان على الأول لا على الثاني عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وَإن شاء ضمن الثاني، فإن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول.

وجه قولهما إنه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان، أما الأول فلأنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه، وأما الثاني فلأنه قبض مال الغير بغير إذنه، وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان، فيخير المالك إن شاء ضمن الأول، وَإن شاء ضمن الثاني؛ كمودع الغاصب مع الغاصب، غير أنه إن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني؛ لأنه ملك الوديعة بأداء الضمان، فتبين أنه أودع ماله نفسه إياه، فهذا مودع هلكت الوديعة في يده، فلا شيء عليه، وَإن ضمن الثاني يرجع بالضمان على الأول؛ لأن الأول غره بالإيداع، فيلزمه

= كلامه على أنه أودعها من غير حاجةٍ، أو مع قدرته على الحاكم. وإن دفنها في موضع، وأعلم بها ثقة يده على الموضع، وكانت مما لا يضرها الدفن، فهو كإيداعها عنده، وإن لم يعلم بها أحداً، ضمنها؛ لأنه فرّط في حفظها، فإنه لا يأمن أن يموت في سفره، فلا تصل إلى صاحبها، وربما نسي مكانها، أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق، فتضيع. وإن أعلم بها غير ثقة، ضمنها؛ لأنه ربما أخذها. وإن أعلم بها ثقة لا يد له على المكان، فقد فرط، لأنه لم يودعها إياه، ولا يقدر على الاحتفاظ بها.
ينظر المغني ٢٥٩/٩ ـ ٢٦١.

(١) سقط من طـ.

ضمان الغرور؛ كأنه كفل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد؛ إذ ضمان الغرور ضمان كفالة؛ لما علم.

وجه قول أبي حنيفة أن يد المودع الثاني ليست بيد مانعة، بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك، فلا يصلح أن يكون سببًا لوجوب الضمان لأنه من باب الإحسان إلى المالك وقد؛ قال الله ـ جلَّ شأنه: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة:٩١] وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الأول أيضًا؛ لأن الإيداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له، فكان محسنًا فيه، إلا أنه صار مخصوصًا عن النص، فبقي المودع الثاني على ظاهره.

ولو أودع غيره وادعى أنه فعل عن عذرٍ، لا يصدق على ذلك إلا بينةٍ عند أبي يوسف، وهو قياس قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، كذا ذكر الشيخ القدوري ـ رحمه الله؛ لأن الدفع إلى غيره سبب لوجوب الضمان في الأصل/ فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه، فلا يصدق إلا بحجة. ب

هذا إذا هلكت الوديعة في يد المودع الثاني، فأما إذا استهلكها فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع، غير أنه إن ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول؛ لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة، وهو الاستهلاك لوقوعه إعجازًا للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر، ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الإعجاز، إلا أنه ألحق ذلك بالإعجاز شرعًا في حق اختيار التضمين صورة؛ لأنه باشر سبب الإعجاز، فكان الضمان في الحقيقة على الثاني؛ لأن إقرار الضمان عليه؛ لذلك لم يرجع الأول على الثاني، ولم يرجع الثاني على الأول؛ بخلاف مودع الغاصب إذا هلك المغصوب في يده أن المالك يتخير بين أن يضمن الغاصب أو يضمن المودع، فإن ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع، وإن ضمن المودع يرجع به على الغاصب، وقد تقدم الفرق.

وعلى هذا إذا أودع رجل من رجلين مالاً، فإن كان محتملاً للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه؛ لأنه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعًا، فلا بد وأن تكون الوديعة في حفظهما جميعًا، ولا تتحقق إلا بالقسمة؛ ليكون النصف في يد هذا والنصف في يد ذاك، والمحل محتمل للقسمة، فيقتسمان نصفين.

ولو سلم أحدهما النصف إلى صاحبه فضاعت، فمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن [ولا يضمن][1] القابض شيئًا بالإجماع.

---

(١) سقط من ط.

ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة، فلكلٍ واحدٍ منهما أن يسلم الكل إلى صاحبه، وَإذا فعل فضاعت، لا ضمان عليه بالإجماع، وَجْهُ قولهما إن المالك لما استحفظهما فقد رضي بيد كل واحد منهما على كل الوديعة؛ كما إذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة.

وَجْهُ قول أبي حنيفة أن المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض[1] الوديعة لا في كلها، فكان راضيًا بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل.

وهذا لما ذكرنا أنه لما استحفظهما جميعًا، فلا بد أن يكون المال في حفظهما جميعًا، ولا يمكن أن يكون كله في يد كل واحد منهما للاستحالة، فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر، فإذا كان المحل محتملاً للقسمة لم يكن راضيًا بكون الكل في يد أحدهما، فإذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه، فإذا ضاع ضمن، بخلاف ما إذا لم يكن محتملاً للقسمة؛ لأنه إذا لم يحتمل [القسم][2] تعذر أن يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد، فكان راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهايؤ، فلم يصر مخالفًا بالدفع، فهو الفرق؛ وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء إذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل القسمة، فسلمه أحدهما إلى صاحبه.

وأما الثاني: وهو الكلام فيما فيه تحفظ - الوديعة، فإن كان العقد مطلقًا، فله أن يحفظها فيما يحفظ - فيه مال نفسه من داره وحانوته وكيسه وصندوقه؛ لأنه ما التزم حفظها إلا فيما يحفظ - فيه مال نفسه، وليس له أن يحفظ في حرز غيره؛ لأن حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ - بيده، فلا يملكه بما في يده أيضًا إلا إذا استأجر حرزًا لنفسه، فله أن يحفظ - فيه؛ لأن الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده أيضًا، فكان حافظًا بيد نفسه فملك ذلك، وله أن يحفظ الحضر والسفر؛ بأن يسافر بها عند أبي حنيفة، سواء كان للوديعة حمل ومؤنة، أو لم يكن، وعند أبي يوسف ومحمد إن كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها، وَإن لم يكن يملك.

وعند الشافعي - رحمه الله - لا يملك كيف ما كان.

أما الكلام مع الشافعي - رحمه الله - فوجه قوله إن المسافرة بالوديعة تضييع/ المال؛ لأن المفازة مضيعة؛ قال النبي - عليه أفضل التحية -: «الْمُسَافِرُ وَمَالُهُ عَلَى قلت إلاَّ مَا وقَى الله»[3] فكان التحويل إليهما تضييعًا، فلا يملكه المودع.

---

(١) في ب: نصف. (٢) سقط من ط.

(٣) قال العجلوني: في «كشف الخفاء».

في شرح ابن حجر والرملي عند قول المنهاج في الوديعة ولو سافر بها ضمن لأن حرز السفر دون حرز الحضر، ومن ثم جاء عن بعض السلف: المسافر وماله على قلت - بفتح القاف واللام هلاك - إلا ما وقى الله، ووهم من رواه حديثاً. كذا نقل على المصنف، وممن رواه حديثاً الديلمي وابن الأثير، وسندهما =

ولنا أن أمر الأمر بالحفظ صدر مطلقًا عن تعيين المكان، فلا يجوز التعيين إلا بدليل، قوله المفازة مضيعة، قلنا: ممنوعٌ، أو نقول: إذا كان الطريق مخوفًا، أما إذا كان أمنًا فلا، والكلام فيما إذا كان الطريق أمنًا، والحديثُ محمولٌ على ابتداء الإسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة، ونحن به نقول.

وأما الكلام مع أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ فوجه قولهم إن في المسافرة بماله حمل ومؤنة ضررًا بالمالك؛ لجواز أنْ يموت المودع في السفر، فيحتاج إلى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك إلا بحمل ومؤنة عظيمة، فيتضرر به، ولا كذلك إذا لم يكن لها حمل ومؤنة؛ ولأبي حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي ـ رحمه الله ـ أن الأمر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان؛ ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليلٍ، قولهما فيه ضرر.

قلنا: هذا النوع من الضرر ليس بغالبٍ، فلا يجب دفعه على أنه إن كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الأمر، ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له؛ هذا إذا كان العقد مطلقًا عن شرط في الفصلين جميعًا، فأما إذا شرط فيه شرطًا نظر فيه: إن كان شرطًا يمكن اعتباره ويفيد اعتبر، وَإلا فلا[1].

= ضعيف، لا موضوع انتهى. ومر في: لو علم الناس بأبسط.

وأورده بلفظ: «لو علم الناس رحمة الله بالمسافر؛ لأصبح الناس وهم على سفر؛ إن المسافر ورحله على قلت إلا ما وقى الله تعالى» (٢/ ٢٢٤)، وقال: رواه الديلمي بلا سند عن أبي هريرة رفعه، وأورده ابن الأثير في النهاية بلفظ أن المسافر وماله لعلي قلت إلا ما وقى الله، وفسر القلت بفتحتين بالهلاك، وعند الديلمي أيضاً بسنده إلى أبي هريرة لو يعلم الناس ما للمسافر لأصبحوا وهم على ظهر سفر، إن الله بالمسافر لرحيم، وجميع أسانيده ضعيفة، كذا في المقاصد.

(١) قال ابن قدامة: وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك، ضمنها؛ لأنه مخالف لصاحبها، وإن لم يكن نهاه، لكن الطريق مخوف، أو البلد الذي يسافر إليه مخوف، ضمنها؛ لأنه فرط في حفظها. وإن لم يكن كذلك، فله السفر بها. نص عليه أحمد، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: إن سافر بها مع القدرة على صاحبها، أو وكيله، أو الحاكم، أو أمين، ضمنها؛ لأنه سافر بها من غير ضرورة، أشبه ما لو كان السفر مخوفاً. ولنا، أنه نقلها إلى موضع مأمون، فلم يضمنها، كما لو نقلها في البلد، ولأنه سافر بها سفرًا غير مخوف، أشبه ما لو لم يجد أحداً يتركها عنده. ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها، أو نائبه بغير إذنه، فهو مفرط عليه الضمان؛ لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها، ويخاطر بها، فإن النبي ﷺ قال: «إن المسافر وماله لعلى قلت، إلا ما وقى الله». أي على هلاك. ولا يلزم من الإذن في إمساكها على وجه لا يضمن هذا الخطر، ولا يفوت إمكان ردها على صاحبها، الإذن فيما يتضمن ذلك، فأما مع غيبة المالك ووكيله، فله السفر بها إذا كان أحفظ لها؛ لأنه موضع حاجة فيختار فعل ما فيه الحظ. ينظر المغني ٩/ ٢٦١ ـ ٢٦٢.

بيان ذلك إذا أمره بالحفظ وشرط عليه أن يمسكها بيده ليلاً ونهارًا ولا يضعها، فالشرط باطل، حتى لو وضعها في بيته أو فيما يحرز فيه ما له عادة فضاعت، لا ضمان عليه؛ لأن إمساك الوديعة بيده [دائمًا][1] بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدورٍ له عادة، فكان شرطًا لا يمكن مراعاته فيلغو، ولو أمره بالحفظ ونهاه أن يدفعها إلى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله [أو الأجنبي الذي هو في عياله][2] أو من يحفظ مال نفسه بيده عادةً، نظر فيه: إن كان لا يجد بدًا من الدفع إليه، له أن يدفع؛ لأنه إذا لم يجد بدًا من الدفع إليه، كان النهي عن الدفع إليه نهيًا عن الحفظ، فكان سفهًا، فلا يصح نهيه، وإن كان يجد بُدًا من الدفع إليه، ليس له أن يدفع.

ولو دفع يدخل في ضمانه؛ لأنه إذا كان له منه بد في الدفع إليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد؛ لأن الأيدي في الحفظ متفاوتة، والأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن.

وَلَوْ قال: لا تخرجها من الكوفة، فخرج بها، تدخل في ضمانه؛ لأنه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد؛ لأن الحفظ في المصر أكمل من الحفظ في السفر؛ إذ السفر موضع الخطر، إلا إذا خاف التلف عليها، فاضطر إلى الخروج بها، فخرج، لا تدخل في ضمانه؛ لأن الخروج بها في هذه/ الحالة طريق متعين للحفظ؛ كما إذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة فخاف الغرق، فدفعها إلى غيره.

وَلَوْ قال له: احفظ الوديعة في دارك هذه، فحفظها في دار له أخرى، فإن كانت الداران في الحرز سواء، أو كانت الثانية أحرز، لا تدخل في ضمانه؛ لأن التقييد غير مفيدٍ، وإن كانت الأولى أحرز من الثانية، دخلت في ضمانه؛ لأن التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد.

وكذلك لَوْ أَمَرَهُ أن يضعها في داره في هذه القرية، ونهاه عن أن يضعها في داره في قرية أخرى، فهو على هذا التفصيل.

وَلَوْ قال له: اخبأها في هذا البيت، وأشار إلى بيت معين في داره، فخبأها في بيت آخر في تلك الدار، لا تدخل في ضمانه؛ لأن للبيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادةً؛ بخلاف الدارين، فلا يكون التعيين مفيدًا؛ حتى لو تفاوتا بأن كان الأول أحرز من الثاني، تدخل في ضمانه.

والأصل المحفوظ في هذا الباب ما ذكرنا أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبرٌ، وكلُّ شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هَدَرٌ، وهذا عندنا.

---

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ تجب مراعاة الشروط في المواضع كلها؛ حتى أن المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر من دار واحدة.

وجه قوله إن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه، فلا يترك هذا الأصل إلا لضرورة، ولم توجد، وصار كالدارين، والجواب: نعم إذا تعلقت به عاقبة حميدة، فأما إذا خرج مخرج السفه العبث، فلا؛ لأن التعيين عند انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث؛ كما إذا قال: احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك، أو احفظ في هذه الزاوية من البيت ولا تحفظ ـ في الزاوية الأخرى، فلا يصح التعيين؛ لانعدام الفائدة، حتى لو تَفَاوَتَا في الحرز، يصح، بخلاف الدارين؛ لأن[1] الأصل في الدارين اختلاف الحرز، فكان التعيين مفيدًا؛ حتى لو لم يختلف، فالجوابُ فيها كالجواب في البيتين على مَا مَرَّ.

فَصْلٌ في بيان حال الوديعة

وأما بيان حال الوديعة، فحالها أنها في يد المودع أمانة[2]؛ لأن المودع مؤتمن، فكانت الوديعة أمانة في يده، ويتعلق بكونها أمانة أحكام:

---

(١) في ط: والأصل.

(٢) والمودع أمين، والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة. بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة، ثم ذكر أنها ضاعت، أن القول قوله. وقال أكثرهم: مع يمينه. وإن ادعى ردها على صاحبها، فالقول قوله مع يمينه أيضاً. وبه قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وبه قال مالك إن كان دفعها إليه بغير بينة. وإن كان أودعه ببينة لم يقبل قوله في الرد إلا ببينة. ولنا، أنه أمين لا منفعة له في قبضها، فقبل قوله في الرد بغير بينة، كما لو أودع بغير بينة. وإن قال: دفعتها إلى فلان بأمرك. فأنكر مالكها الإذن في دفعها، فالقول قول المودع. نص عليه أحمد، في رواية ابن منصور. وهو قول ابن أبي ليلى. وقال مالك، والثوري، والعنبري، والشافعي، وأصحاب الرأي: القول قول المالك؛ لأن الأصل عدم الإذن، وله تضمينه. ولنا، أنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة، فكان القول قوله، كما لو ادعى ردها على مالكها. ولو اعترف المالك بالإذن، ولكن قال: لم يدفعها. فالقول قول المستودع أيضاً، ثم ننظر في المدفوع إليه؛ فإن أقر أنه قبضه، وكان الدفع في دين، فقد برىء الكل، وإن أنكر، فالقول قوله مع يمينه. وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن؛ لكونه قضى الدين بغير بينة، ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة؛ لأن المودع مفرِّط، لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه، فكان ضامناً، سواء صدقه أو كذبه. وإن أمره بدفعه وديعة، لم يحتج إلى بينة؛ لأن المودع يقبل قوله في التلف والرد، فلا فائدة في الإشهاد عليه. فعلى هذا يحلف المودع، ويبرأ، ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً، ويكون ذهابها من مالكها.

ينظر المغني (٩/٢٧٣ ـ ٢٧٤).

منها: وجوب الرد عند طلب المالك؛ لقولِهِ تعالى جلَّ شأنه: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء:٥٨] ؛ حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت، ضمن.

هذا إذا كانت الوديعة لرجل واحد، فأما إذا كانت مشاعًا لرجلين، فجاء أحدهما وطلب حصته، لا يجب عليه الرد[1]، بأن أودع رجلان رجلاً وديعة؛ دراهم أو دنانير أو ثيابًا، وغاب ثم جاءه أحدُهما وطلب بعضها، وأبى المستودع ذلك، لم يأمره القاضي بدفع شيء إليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع إليه حصته، ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلافٍ؛ حتى لو هلك الباقيَ في يد المودع ثم جاء الغائب له أن يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعًا.

ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب، فليس للقابض أن يشارك صاحبه[2] في الباقي.

وَجْهُ قولهما إن الآخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه، فكان له ذلك من غير حضرة الغائب؛ كما إذا كان لرجلين دين مشتركٍ على رجل، فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين، فإنه يدفع إليه حصته؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة أن المودع لو دفع شيئًا إلى الشريك الحاضر لا يخلو: إما أن يدفع إليه من النصيبين جميعًا، وإما أن يدفع إليه من نصيبه خَاصَّةً، لا سبيل[3] إلى الأول؛ لأن دفع نصيب الغائب إليه ممتنع شرعًا، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن نصيبه شائع في كلِّ الألف؛ لكون الألف مشتركة بينهما، ولا يتميز إلا بالقسمة، والقسمة على الغائب غير جائزة، ولو سلمنا[4] ذلك حتى قالاَ إذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له أن يشارك القابض في المقبوض، ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة، والقياسُ على الدين المشترك غير سديد؛ لأن الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه، لا مال شريكه الغائب، وهنا يدفع مال الغائب بغير إذنه، فلا يستقيم القياس، ولو كان في يده ألف درهم فجاءه رَجُلان، وادعى كل واحد منهما أنه أودعه إياها، فقال المودع: أودعها أحدكما، ولست أدري أيكما هو، فهذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين: إما إن اصطلح المتداعيان على أن يأخذا الألف وتكون بينهما، وَإما إن لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما أن الألف له خاصَّةً لا لصاحبه، فإن اصطلحا على ذلك، فلهما ذلك، وليس للمودع أن يمتنع عن تسليم الألف إليهما؛ لأنه أقر

(١) في ب: الأداء.
(٢) في ب: الغائب.
(٣) في جـ: لا وجه.
(٤) في ب: وقد سلما.

أن الألف لأحدهما. وإذا اصطلحا على أنها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك، وليس لهما أن يستحلفا المودع بعد الصلح، وإن لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما أن الألف له، لا يدفع إلى أحدهما شيئًا لجهالة المقر له بالوديعة، ولكل واحد منهما أن يستحلف المودع، فإن استحلفه كل واحد منهما، فالأمر لا يخلو إما أن يحلف لكل واحد منهما، وإما أن ينكل لكل واحد منهما، وَإما أن يحلف لأحدهما وينكل للآخر، فإن حلف لهما فقد انقطعت خصومتهما للحال إلى وقت إقامة البينة؛ كما في سائر الأحكام[1]، وهل يملكان الاصطلاح على أخذ الألف بينهما بعد الاستحلاف، فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد على قولهما لا يملكان، وعلى قول محمد يملكان، وهي مسألة الصلح بعد الحلف، وقد مرت في «كتاب الصلح».

وإن نكل لهما يقضي بالألف بينهما نصفين، ويضمن ألفًا أخرى بينهما، فيحصل لكلٍّ واحد منهما ألف كاملة؛ لأن كل واحد منهما يدعي أن كل الألف له، فإذا نكل له، والنكول بذل أو إقرار، فكأنه بذل لكل واحد منهما ألفًا أو أقر لكل واحد منهما بألفٍ، فيقضي عليه بينهما بألف، ويضمن أيضًا ألفًا أخرى تكون بينهما؛ ليحصل لكل واحد منهما ألف كاملة.

ولو حلف لأحدهما ونكل للآخر، قضى بالألف للذي نكل له، ولا شيء للذي حلف له؛ لأن النكول حجة من نكل له، لا حجة من حلف له.

ومنها: وجوب الأداء إلى المالك؛ لأن الله أمر بأداء الأمانات إلى أهلها، وأهلها مالكها، حتى لو ردها إلى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها إلى من هو في عيال المالك، دخلت في ضمانه، حتى لو ضاعت يضمن؛ بخلاف العارية فإن المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها في دار المعير، أو جاء بالدابة فأدخلها في اصطبله، كان رَدًّا صحيحًا؛ لأن ظاهر النص الذي تلَوْنَا أن لا يصح، إلاَّ أنها صارت مخصوصة عن عموم الآيات، فبقيت الوديعة على ظاهره؛ ولأن القياس في الموضعين ما ذكرنا من لزوم الرد إلى المالك، وإلا أنا استحسنًا في العارية للعادةِ الجارية فيها بردها إلى بيت المالك، أو بدفعها إلى من في عياله، حتى لو كانت العارية شيئًا نفيسًا كعقد جوهر ونحو ذلك، لا يصح الرد؛ لانعدام جريان العادة بذلك في الأشياء النفيسة، ولم تجر به العادة في مال الوديعة، فتبقى على أصل القياس؛ ولأن مبنى الإيداع على الستر والإغفاء عادة، فإن الإنسان إنما يودع مال غيره سرًّا عن الناس؛ لما يتعلق به من المصلحة، فلو رده على غير المالك لانكشف؛ إذِ السر إذا جاوز اثنين يفشو فيفوت المعنى المجعول له الإيداع؛ بخلاف العارية؛ لأن مبناها على الإعلان والإظهار؛ لأنها شرعت لحاجة المستعير إلى

---

(١) في ب: المواضع.

استعمالها في حوائجه، ولا يمكنه الاستعمال سرًا عن الناس عادةً والرد إلى غير المالك لا يفوت ما شرعت له العارية، فهو الفرق.

ومنها: أنه إذا ضاعت في يد المودعِ بغير صنعه، لا يضمن؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ غَيْرِ المُغِلِّ، وَلاَ عَلَى المُسْتَوْدَعِ غَيْرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ[1] ولا على المستودع غير المعتل ضمان[2]»[3] ولأن يده يد المالك، فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك؛ وكذلك إذا دخلها نقص لأن النقصان هلاك بعض الوديعة، وهلاك الكل لا يوجب الضمان، فهلاك البعض أَوْلَىٰ.

ومنها: أن المودع مع المودعِ إذا اختلفا فقال المودع: هلكت، أو قال: رددتها إليك، وقال المالك: بل استهلكتها، فالقولُ قول المُودَع؛ لأن المالك يدعي على الأمين أمرًا عارضًا، وهو التعدي، والمودع مستصحب لحال الأمانة، فكان متمسكًا بالأصل، فكان القول قوله، لكن مع اليمين لأن التهمة قائمة، فيستحلف؛ دفعًا للتهمة؛ وكذلك إذا قال المودع: استهلكت من غير إذني، وقال المالك[4]: بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك، أن القولَ قولُ المودع؛ لما قلنا.

ولو قال [المودع][5] إنها قد ضاعت، ثم قال بعد ذلك: بل كنت رددتها إليك؛ لكني أوهمت ـ لم يصدق، وهو ضامن؛ لأنه نفى الرد بدعوى الهلاك، ونفى الهلاك بدعوى الرد، فصار نافيًا ما أثبته، مثبتًا ما نفاه، وهذا تناقضٌ، فلا تسمع منه دعوى الضياع، والرد لأن المناقض لا قول له؛ ولأنه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحد منهما، فقد ذهبت أمانته، فلا يقبل قوله.

---

(١) في طـ: الضمان.

(٢) في طـ: الضمان.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤١) كتاب البيوع حديث (١٦٨) والبيهقي (٦/ ٩١) كتاب العارية: باب من قال: لا يغرم من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان» قال الدارقطني: عمرو وعبيدة ضعيفان وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع.
ثم أخرجه عن شريح.
وأخرجه البيهقي (٦/ ٩١) كتاب العارية: باب من قال لا يغرم، عن شريح من قوله.
وقال: هذا هو المحفوظ عن شريح القاضي من قوله ورواه عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان مرفوعاً.

(٤) في طـ: المودع.

(٥) سقط من طـ.

فصل فيما يغير حال المعقود عليه

وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الأمانة إلى الضمان، فأنواعٌ:

منها: ترك الحفظ؛ لأنه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها؛ وذلك بطريق الكفالة؛ ولهذا لو رأى إنسانًا يسرق الوديعة، وهو قادر على منعه، ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد، وهو معنى قول مشايخنا إن المودع يؤخذ بضمان العقد.

ومنها: ترك الحفظ للمالك؛ بأن خالفه في الوديعة؛ بأن كانت الوديعة ثوبًا فلبسه، أو دابة فركبها، أو عبدًا فاستعمله، أو أودعها من ليس في عياله، ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة؛ لأن الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك، فإذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك، فدخلت في ضمانه.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخارى وسئل عن هذه المسألة، وهذا خلاف إطلاق الكتاب؛ فإنه قال يبرأ عن الضمان، والبراءة عن الضمان بعد الدخول في الضمان تكون؛ وكذلك المودع مع المودع إذا اختلفا، فقال المودع: هلكت الوديعة، أو رددتها إليك، وقال المالك [بل][1] استهلكتها، إن كان قبل الخلاف، فالقولُ قولُ المودع، وإن كان بعده فالقول قول المالك، ونحو ذلك مما يدل على دخول الوديعة في ضمانه بالخلاف، وإن خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يَبْرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر والشافعي: لا يبرأ عن الضمان.

وجه قولهما إن الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد، فلا يعود إلا بالتجديد، ولم يوجد، فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها؛ وكذلك المستعير والمستأجر إذا خالفًا ثم عادًا إلى الوفاق، لا يبرآن عن الضمان؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

ب ولنا: أنه بعد الخلاف مودع، والمودع إذا هلكت الوديعة/ من غير صنعه لا ضمان عليه؛ كما قبل الخلاف.

ودلالة أنه بعد الخلاف مودع أن[2] المودع من يحفظ مال غيره له بأمره، وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ مال المالك له بأمره، لأن الأمر تناول ما بعد الخلاف.

قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد، قلنا: معنى الدخول في ضمان المودع أنه انعقد سبب وجوب الضمان، موقوفًا وجوبه على وجوذ شرطه؛ وهو الهلاك في

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ب: لأن.

حالة الخلاف، لكن هذا لم يوجب ارتفاع العقد؛ أليس أن من وكل إنسانًا ببيع عبده بألفي درهم، فباعه بألف وسلمه إلى المشتري دخل العبد في ضمانه؛ لانعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير إلى غيره من غير إذنه، ومع ذلك بقي العقد، حتى لو أخذه كان له [أن][1] يبيعه بألفين؛ كذا هذا.

على أنا إن سلمنا أن العقد انفسخ، لكن في قدر ما فات من حقه، وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في زمان الخلاف، لا فيما بقي في المستقبل؛ كما إذا استحفظه بأجر كل شهر بكذا، وترك الحفظ - في بعض الشهر، ثم اشتغل به في الباقي، بقي العقد في الباقي [حتى][2] يستحق الأجرة بقدرة، والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد، فلا يظهر إلا في قدر الفائت؛ بخلاف الإجارة والإعارة؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة[3]، وهي تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان، فإذا بلغ المكان المذكور فقد انتهى العقد لانتهاء حكمه، فلا يعود إلاً بالتجديد؛ وكذا الإعارة؛ لأنها تمليك المنفعة عندنا، إلا أنها تمليك المنفعة بغير عوض، والإجارة تمليك المنفعة بعوض.

وأما حكم عقد الوديعة: فلزوم الحفظ للمالك مطلقًا، أو شهرًا أو زمان ما بعد الخلاف داخل في المطلق والوقت، فلا ينقضي[4] بالخلاف، بل يتقرر، فهو الفرق.

ومنها: جحود الوديعة في وجه المالك عند طلبه؛ حتى لو قامت البينة على الإيداع، أو نكل المودع عن اليمين، أو أقر به - دخلت في ضمانه؛ لأن العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده؛ لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك، فقد عزل نفسه عن الحفظ، فانفسخ/ العقد، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه، فيكون مضمونًا عليه، فإذا هلك تقرر الضمان. أ

ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها، فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود، أو قبل الجحود، أو مطلقًا، فإن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقًا [لا ينتفع ببينته][5]؛ لأن العقد ارتفع بالجحود أو عنده، فدخلت العين في ضمانه، والهلاك بعد ذلك يقرر للضمان، لا أن يسقطه.

وإن أقام البينة على أنها هلكت قبل الجحود تسمع بينته، ولا ضمان عليه؛ لأن الهلاك قبل الجحود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود، فلا يرتفع[6] بالجحود، فظهر أن الوديعة هلكت من غير صنعه، فلا يضمن.

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ب: المنافع.
(٤) في ب: ينتهي.
(٥) في ب: لا تسمع بينته.
(٦) في ب: يتصور ارتفاعه.

ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ولا بينة له وطلب اليمين من المودع، حلفه/ القاضي بالله تعالى ما يعلم أنها هلكت قبل جحوده؟ لأنه الأصل في باب الاستحلاف: أن الذي يستحلف عليه لو كان أمراً لو أقر به الحالف للزمه، فإذا أنكر يستحلف، وهنا كذلك؛ لأن المالك لو أقر بالهلاك قبل الجحود لقبل منه، ويسقط الضمان عن المودع، فإذا أنكر يستحلف، لكن على العلم؛ لأنه يستحلف على فعل غيره.

هذا إذا جحد حال حضرة المالك، فإن جحد عند غير المالك حال غيبته، قال أبو يوسف: لا يضمن، وقال زفر ـ رحمه الله ـ يضمن في الحالين جميعًا.

وجه قول زفر إن ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة؛ كسائر الأسباب.

وجه قول أبي يوسف أن الجحود سبب للضمان؛ من حيث إنه يرفع العقد بالعزل على ما بينا، ولا يصح العزل حالة الغيبة، فلا يرتفع العقد، ولأن الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفًا وعادةً؛ لأن مبنى الإيداع على الستر والإخفاء، فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظًا معنى، فكيف يكون سببًا لوجوب الضمان؟

ومنها: الإتلاف حقيقة أو معنى، وهو إعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة؛ لأن إتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان، حتى لو طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم إليه حتى هلكت ـ يضمن؛ لأنه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال، فدخلت في / ضمانه، فإذا هلكت تقرر العجز، فيجب الضمان. ب

ولو أمر غيره بالإتلاف وادعى أنه كان بإذن المالك، لا يصدق إلا ببينة؛ لأن الإتلاف سبب لوجوب الضمان في الأصل، وقوله كان بإذن المالك، دعوى أمر عارض، فلا تقبل إلا بحجة، وكذلك المودع إذا خلط الوديعة بماله خلطًا لا يتميز، يضمن؛ لأنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة، فكان الخلط منه إتلافًا، فيضمن، ويصير ملكًا بالضمان، وَإن مات كان ذلك لجميع الغرماء، والمودع أسوة الغرماء فيه، ولو اختلطت [بماله بنفسها][(١)] من غير صنعة، لا يضمن، وهو شريك لصاحبها، أما عدم وجوب الضمان، فلانعدام الإتلاف منه، بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته، وأما كونه شريكًا لصاحبها فلوجود معنى الشركة، وهو اختلاط الملكين.

ولو أودعه رَجُلان كل واحد منهما ألف درهم، فخلط المودع المالين خلطًا لا يتميز، فلا

(١) في ب: بمال نفسه.

سبيل لهما على أخذ الدراهم، ويضمن المودع لكل واحد منهما ألفًا ويكون المخلوط له، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: هما بالخيار: إن شاءا اقتسما المخلوط نصفين، وَإن شاءا ضمنا المودع ألفين.

وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات إذا خلطا الجنس بالجنس خلطًا لا يتميز؛ كالحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والدهن بالدهن.

وجه قولهما إن الوديعةَ قائمةٌ بعينها، لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعارض الخلط، فإن شاءا اقتسمَا لاعتبار جهة القيام، وَإن شاءا ضمنا لاعتبار جهة العجز، وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه لما خلطهما خلطًا لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط، فكان الخلط منه إتلاف الوديعة عن كل واحدٍ منهما فيضمن، ولهذا يثبت اختيار التضمين عندهما، واختيار التضمين لا يثبت إلا بوجود الإتلاف، دلَّ أن الخلط منه وقع إتلافًا.

ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعيرًا، فخلطهما، فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة؛ لأن الخلط إتلاف، وعندهما لهما أن يأخذا العين ويبيعاها ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة مخلوطًا بالشعير، وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة؛ لأن قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير، وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير؛ لأن قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة، وتلك الزيادة ملك الغير، فلا يستحقها صاحب الشعير، ولو أنفق المودع بعض الوديعة، ضمن قدر ما أنفق، ولا يضمن الباقي؛ لأنه لم يوجد/ منه إلا إتلاف قدر ما أنفق، ولو رد مثله فخلطه بالباقي، يضمن الكل لوجود إتلاف الكل منه، النصف بالإتلاف والنصف الباقي بالخلط؛ لكون الخلط إتلافًا؛ على ما بينا. أ

ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها، ثم ردها إلى موضعها بعد أيام فضاعت، لا ضمان عليه عندنا.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ يضمن.

وجه قوله إنه أخذها على وجه التعدي، فيضمن؛ كما لو انتفع بها.

ولنا أن نفس الأخذ ليس بإتلاف، ونية الإتلاف ليس بإتلاف، فلا توجب الضمان، والأصل فيه ما روي عن رسول الله ـ ﷺ ـ أنه قال: إنَّ الله تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ عَزَّ شَأْنُهُ ـ عَفَا عَنْ

أُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا مَا لَمْ يَتَكَلَّمُوا أَوْ يَفْعَلُوا»[١] ظاهر الحديث يقتضي أن يكون ما حدثت به النفس عفوًا على العموم إلاَّ ما خص بدليلٍ.

وعلى هذا الخلاف إذا أودعه كيسًا مشدودًا فحله المستودع، أو صندوقًا مقفلاً، ففتح القفل ولم يأخذ منه شيئًا حتى ضاع أو مات المودع، فإن كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها؛ لأن هذا عين ماله، ومن وجد عين ماله فهو أحق به على لسان رسول الله ﷺ، وإن كانت لا تعرف بعينها، فهي دين في تركته، يحاص الغرماء؛ لأنه لما مات مجهلاً للوديعة فقد أتلفها معنى؛ لخروجها من أن تكون منتفعًا بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الإتلاف.

ولو قالت الورثة: إنها هلكت أو ردت على المالك، لا يصدقون على ذلك؛ لأن الموت مجهلاً سبب لوجوب الضمان؛ لكونه إتلافًا، فكان دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض، فلا يقبل إلا بحجة، ويحاصّ المودع الغرماء؛ لأنه دين الاستهلاك على ما ذكرنا، فيساوي دين الصحة، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

---

(١) تقدم.

كِتَابُ العَارِيَةِ(1)

الكلام في هذا الكتاب يَقَعُ في مواضع: في بيان ركن العارية.

وفي بيان شرائط الركن.

وفي بيان حكم العقد.

وفي بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه.

وفي بيان صفة الحكم.

وفي بيان حال المستعار، وفي بيان ما يوجب تغير حاله.

---

(1) العارية لغة مشددة الياء على المشهور، وحكى الخَطَّابي وغيره تخفيفها، وجمعها: عواري بالتشديد والتخفيف.

قال ابن فَارِس: ويقال لها: العارة أيضاً. قال الشاعر: [الطويل]

فَأَخْلِفْ وَأَتْلِفْ إِنَّمَا المَالُ عَارَةٌ   وَكُلْهُ مَعَ الدَّهْرِ الَّذِي هُوَ آكِلُهْ

قال الأزهري: هي مأخوذة من عَار الشيء يعير: إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف: عيّار، وهي مَنْسُوبَةٌ إلى العارة، بمعنى: الإعارة، وقال الجوهري: هي منسوبة إلى العَار؛ لأن طلبها عار وعيب.

وقيل: هي مشتقة من التعاور، من قولهم: اعتوروا الشيء، وتعاوروه، وتعوّروه: إذا تداولوه بينهم.

وحاصل الأمر أن العارية: تداول الشيء عارية: أعطاه إياه، فعل به مثل ما فعل صاحبه على أن يعيره.

انظر: الصحاح ٢/٧٦١، لسان العرب ٤/٦٢٢.

اصطلاحاً:

عرفها الحنفيةُ بأنها: تمليكُ المنافع بغير عوَضٍ، أو هي إباحة الانتفاع بملك الغير.

عرفها الشافعيةُ بأنها: اسم لإباحة منفعة عين مع بقائها، بشروط مخصوصة.

عرفها المالكيةُ بأنها: تمليكُ منفعة مؤقّتة لا بِعوَضٍ.

عرفها الحنابلةُ بأنها: العَيْنُ المُعَارَةُ من مالكها، أو مالك منفعتها، أو مأذونها في الانتفاع بها مطلقاً، أو زَمَناً مَعْلوماً بلا عوض.

انظر: تبيين الحقائق ٥/٨٣، المحلى على المنهاج ٣/١٧، مواهب الجليل ٥/٢٦٨، كشاف القناع ٤/٦٢. أسهل المدارك ٣/٢٩ مجمع الأنهار ٢/٣٤٥ ـ ٣٤٦.

أما ركنها: فهو الإيجاب من المعير، وأما القبول من المستعير فليس بركنٍ عند أصحابنا الثلاثة؛ استحسانًا.

ب والقياس/أن يكون ركنًا، وهو قول زفر كما في الهبة، حتى أن من حلف لا يعير فلانًا فأعاره ولم يقبل، يحنث؛ كما إذا حلف لا يهب فلانًا شيئًا فوهبه ولم يقبل وهي مسألة «كتاب الهبة».

والإيجاب هو أن يقول: أعرتك هذا الشيء، أو منحتك هذا الثوب، أو هذه الدار، أو أطعمتك هذه الأرض، أو هذه الأرض لك طعمة، أو أخدمتك هذا العبد، أو هذا العبد لك خدمة، أو حملتك على هذه الدابة، إذا لم ينو به الهبة، أو داري لك سكنى، أو داري لك عمرى سكنى[١].

وأما لفظ الإعارة فصريحٌ في بابها، وأما المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الإنسان بها زمانًا ثم يردها على صاحبها؛ وهو معنى العارية[٢].

قال النبي ـ عليه السلام ـ: «المِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ،[٣] وَمِنْحَةُ الأرْض زِرَاعَتُهَا» قال النبي ـ عليه

---

(١) وتُعْقَدُ بكلِّ فِعْلٍ أو لَفْظٍ يَدُلُّ عليها، مثل قوله: أعَرْتُكَ هذا. أو يَدْفَعُ إليه شيئاً، ويقول: أبَحْتُكَ الانْتِفَاعَ به. أو خُذْ هذاً فانْتَفِعْ به. أو يقول: أعِرْنِي هذا. أو أعْطِنِي أرْكَبْه أو أحْمِلْ عليه. ويُسَلِّمُه إليه. وأشباه هذا؛ لأنه إباحة للتصرف، فصح بالقول والفعل الدال عليه، كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف. ينظر المغني (٧/ ٣٤٥).

(٢) العارية مندوب إليها.
وليست واجبة، في قول أكثر أهل العلم، وقيل: هي واجبة؛ للآية، ولما روى أبو هريرة، أن النبي ﷺ قال: «ما من صاحب إبل لا يؤدي حقها». الحديث.
قيل: يا رسول الله: وما حقها؟ قال: «إعارة دلوها، وإطراق فحلها، ومنحة لبنها يوم وردها». فذم الله تعالى مانع العارية، وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره. ولنا، قول النبي ﷺ: «إذا أديت زكاة مالك، فقد قضيت ما عليك». رواه ابن المنذر. وروي عن النبي ﷺ، أنه قال: «ليس في المال حق سوى الزكاة». وفي حديث الأعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ: ماذا فرض الله علي من الصدقة؟ قال: «الزّكاة». فقال: هل عليّ غيرها؟ قال: «لا، إلا أن تطوع شيئاً». أو كما قال. والآية فسرها ابن عمر والحسن البصري بالزكاة، وكذلك زيد بن أسلم. وقال عكرمة: إذا جمع ثلاثتها فله الويل، إذا سها عن الصلاة، وراءى، ومنع الماعون.
ينظر المغني (٧/ ٣٤٠ ـ ٣٤١).

(٣) أخرجه البزار (٢/ ٩٩) كتاب «البيوع»، باب: «في الشروط»، حديث (١٢٩٦).
من طريق محمد بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ «المنحة مردودة والناس على شروطهم ما وافق الحق».
قال البزار: عبد الرحمن له مناكير، وهو ضعيف عند أهل العلم.
قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٨٩): رواه البزار وفيه محمد بن عبد الرحمن البيلماني، وهو ضعيف جداً. =

....

= لكن يشهد له شواهد عن أبي أمامة وابن عباس وأنس ـ رضي الله عنهم ـ. فأما حديث أبي أمامة.
فأخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٠) كتاب الوصايا: باب الوصية للوارث حديث (٢٨٧٠) والترمذي (٤/ ٤٣٣) كتاب الوصايا: باب لا وصية لوارث حديث (٢١٢٠) وابن ماجه (٢/ ٩٠٥) كتاب الوصايا: باب لا وصية لوارث حديث (٢٧١٣) وأحمد (٥/ ٢٦٧) والطيالسي (٢/ ١١٧ ـ منحة) رقم (٢٤٠٧) وسعيد بن منصور (٤٢٧) والدولابي في «الكنى» (١/ ٦٤) وأبو نعيم في «تاريخ أصبهان» (١/ ٢٢٧) والبيهقي (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا: باب نسخ الوصية للوالدين، كلهم من إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع: «إن الله تبارك وتعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وأخرجه ابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٤٩) من طريق الوليد بن مسلم قال: ثنا ابن جابر ثنا سليم بن عامر سمعت أبا أمامة. قال: سمعت رسول الله ﷺ.
يقول في خطبته عام حجة الوداع: «إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث الولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم على الله، ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة. لا تنفق امرأة من بيت زوجها إلا بإذن زوجها» قيل يا رسول الله ولا الطعام؟ قال ذلك أفضل أموالنا ثم قال: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم».
قال الترمذي: وفي الباب عن عمرو بن خارجة وأنس وهو حديث حسن صحيح. وقد روي عن أبي أمامة عن النبي ﷺ من غير هذا الوجه ورواية إسماعيل بن عياش عن أهل العراق وأهل الحجاز ليس بذلك فيما تفرد به لأنه روي عنهم مناكير وروايته عن أهل الشام أصح هكذا قال محمد بن إسماعيل قال: سمعت أحمد بن الحسن يقول قال أحمد بن حنبل: إسماعيل بن عياش أصلح حديثاً من بقية ولبقية أحاديث مناكير عن الثقات وسمعت عبد الله بن عبد الرحمن يقول سمعت زكريا بن عدي يقول قال أبو إسحاق الفزاري خذوا عن بقية ما حدث عن الثقات، ولا تأخذوا عن إسماعيل بن عياش ما حدث عن الثقات ولا عن غير الثقات.
وأما حديث ابن عباس فذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٥٨)، وقال: رواه الطبراني في «كتاب مسند الشاميين» حدثنا أحمد بن أنس بن مالك ثنا هشام بن عمار ثنا محمد بن شعيب ثنا عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أنس بن مالك، قال: إني لتحت ناقة رسول الله ﷺ يسيل عليّ لعابها، فسمعته يقول: «إن الله جعل لكل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث، لا تنفق المرأة»، إلى آخر اللفظ الأول.
وأما حديث أنس رضي الله عنه.
فذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٥٨)، وقال: فأخرجه ابن عدي في «الكامل» عن إسماعيل بن زياد السكوني ثنا سفيان الثوري عن سالم الأفطس عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الزعيم غارم، والدين مقضي، والعارية مؤداة، والمنحة مردودة». انتهى. وأعله بإسماعيل هذا، وقال: إنه منكر الحديث، لا يتابع على عامة ما يرويه، انتهى. وقال ابن طاهر: إسماعيل بن زياد، ويقال: ابن أبي زياد شيخ دجال: لا يحل ذكره إلا على سبيل القدح، انتهى.
يعني رواية أبي أمامة.

الصلاة والسلام ـ «أَزْرَعْهَا أَوِ أَمْنَحْهَا أَخَاكَ»[١] وكذا الإطعام المضاف إلى الأرض هو إطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوضٍ عرفًا وعادةً؛ وهو معنى العارية.

وأما إخدام العبد إياه فجعل خدمته بغير عوضٍ وهو تفسير العارية؛ وكذا قوله: داري لك سكنى، أو عمرى سكنى، هو جعل سكنى الدار له من غير عوضٍ وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادةً، فقد أتى بمعنى الإعارة.

وأما قوله: حملتك على هذه الدابة، فإنه يحتمل الإعارة والهبة، فأي ذلك نوى فهو على ما نوى؛ لأنه نوى ما يحتمل لفظه، وعند الإطلاق ينصرف إلى العارية لأنها أدنى، فكان الحمل عليها أولى، ولو قال داري لك رقبى، أو حبس[٢]، فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف هبة، وقوله: رقبى أو حبس[٣] ـ باطلٌ وهي مسألة «كتاب الهبة».

فصل في شرائط الركن

وأما الشرائط التي تصير الركن بها إعارة شرعًا، فأنواعٌ:

منها: العقل، فلا تصح الإعارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل[٤].

وأما البلوغ فليس بشرطٍ عندنا؛ حتى تصح الإعارة من الصبي المأذون؛ لأنها من توابع التجارة، وأنه يملك التجارة، فيملك ما هو من توابعها.

وعند الشافعي لا يملك، وهي مسألة «كتاب المأذون».

وكذا الحرية ليست بشرط، فيملكها العبد المأذون؛ لأنها من توابع التجارة، فيملك بملك ذلك[٥].

ومنها: القبض من المستعير؛ لأن الإعارة عقد تبرع، فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة.

ومنها: أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه، فإن لم يكن، لا تصح إعارته؛ لأن حكم العقد/ ثبت في المنفعة لا في العين، إلا إذا كانت ملحقة بالمنفعة؛ على ما نذكره في موضعه.

أ

---

(١) تقدم.

(٢) في ب: حبيس.

(٣) في ب: حبيس.

(٤) ولا تصح العارية إلا من جائز التصرف لأنه تصرف في المال فأشبه التصرف في البيع.

(٥) في ب: التجارة.

فصل في حكم العقد

وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين.

أحدهما: في بيان أصل الحكم.

والثاني: في بيان صفته.

أما الأول فهو ملك المنفعة: للمستعير بغير عوضٍ، أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفًا وعادةً عندنا، وعند الشافعي: إباحة المنفعة، حتى يملك المستعير الإعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الإجارة، وعنده لا يملكها أصلاً، كالمباح له الطعام لا يملك الإباحة من غيره.

وجه قول الشافعي دلالة الإجماع والمعقول: أما الإجماع فلجواز العقد من غير أجل، ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجلٍ كالإجارة؛ وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية، ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستأجر.

وأما المعقول: فهو أن القياس يأبىٰ تمليك المنفعة؛ لأن بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد، والمعدوم لا يحتمل البيع؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، وقد نهى رسولُ الله - ﷺ - عنه، إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب الإجارة حكمًا للضرورة، ولا ضرورة إلى الإعارة، فبقيت المنافع فيها على أصل العدم.

ولنا: أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها، والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكًا لا إباحة كما في الأعيان، وَإنما صح من غير أجل؛ لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنازعة، والجهالة في باب العارية لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنها عقد جائز غير لازم، ولهذا المعنى لا يملك الإجارة؛ لأنها عقد لازم، والإعارة عقد غير لازم. فلو ملك الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم، أو سلب صفة اللزوم عن اللازم، وكل ذلك باطل.

وقوله المنافع منعدمة عند العقد، قلنا: نعم، لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الإجارة، وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة، فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود المنفعة شيئًا فشيئًا على حسب حدوثها، فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الإنسان[1].

---

(١) قال ابن قدامة: وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام، كالدور، والعقار، والعبيد، والجواري، والدواب، والثياب، والحلي للبس. والفحل للضراب، والكلب للصيد، وغير ذلك؛ لأن النبي ﷺ استعار أدرعا، وذكر إعارة دلوها وفحلها. وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان، =

وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير أنها تكون قرضًا لا إعارة؛ لإن الإعارة لما كانت تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين، ولا يمكن الانتفاع [بها][١] إلا باستهلاكها، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة، ولا يمكن تصحيحاً إعارة حقيقية، فتصحح قرضًا مجازًا؛ لوجود معنى الإعارة فيه، حتى لو استعار حليًّا ليتحمل به، صح؛ لأنه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل، فأمكن العمل بالحقيقة، فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز؛ وكذا إعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالمكيلات والموزونات يكون قرضًا لا إعارة؛ لما ذكرنا أن محل حكم الإعارة المنفعة لا العين[٢]، إلا إذا كان ملحقًا بالمنفعة عرفًا وعادةً، ؛ كما إذا منح إنسانًا شاتًا أو ناقة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها على صاحبها؛ لأن ذلك معدود من المنافع عرفًا وعادة فكان له حكم المنفعة، وقد روي عن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال: «هَلْ مِنْ أَحَدٍ يَمْنَحُ مِنْ إِبِلِهِ نَاقَةً أَهْلَ بَيْتٍ لاَ دَرَّ لَهُمْ» وهذا يجري مجرى الترغيب. كمن منح منحة ورق أو منحة لبن[٣] كان له بعدل رقبة.

وكذا لو منح جدياً أو عناقًا، كان عارية؛ لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه، ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه، فنقول وبالله التوفيق:

جملة الكلام فيه أن عقد الإعارة لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان مطلقًا، وإما إن كان مقيدًا[٤]، فإن كان مطلقًا بأن أعار دابته إنسانًا ولم يسم مكانًا ولا زمانًا، ولا الركوب ولا الحمل، فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء، وله أن يركب أو يحمل؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه، وقد ملكه منافع العارية مطلقاً، فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها، إلاَّ أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل، ولا يستعملها

= فيثبت الحكم في هذه الأشياء، وما عداها مقيسٌ عليها إذا كان في معناها. ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع، ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع كالثياب. ولأنها أعيان تجوز إجارتها، فجازت إعارتها، كالثياب. ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن استعارها لينفقها، فهذا قرض. وهذا قول أصحاب الرأي. وقيل: ليس هذا جائزاً، ولا تكون العارية في الدنانير، وليس له أن يشتري بها شيئاً. ولنا، أن هذا معنى القرض، فانعقد القرض به، كما لو صرح به. ينظر المغني (٨/ ٣٤٥ ـ ٣٤٦).

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: بالعين.

(٣) في ط: لبس.

(٤) لأنها إباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام. ولأن الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً، أبيح له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع.
ينظر المغني (٧/ ٣٤٦).

ليلاً ونهارًا ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادةً؛ حتى لو فعل فعطبت يضمن؛ لأن العقد وَإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة؛ كما يتقيد[1] نصًا، وله أن يعير العارية عندنا، سواء كانت العارية مما يتفاوت في /استيفاء المنفعة أو لا؛ لأن إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير، فكان هو في التمليك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفًا في ملك نفسه؛ إلاَّ أنه لا يملك الإجارة لما قلنا.

فإن آجر وسلم إلى المستأجر ضمن؛ لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصباً فإن شاء ضمنه، وإن شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب، إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه آجر ملك نفسه.

وَإن ضمن المستأجر، فإن كان عالمًا بكونها عارية في يده، لا يرجع على المستعير، وَإن لم يكن عالما بذلك يرجع عليه؛ لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغرورًا من جهة المستعير، فيرجع عليه بضمان الغرور، وهو ضمان الكفالة في الحقيقة، وإذا كان عالمًا لم يصر مغرورًا من جهته، فلا يرجع عليه.

وهل يملك الإيداع؟ اختلف المشايخ فيه، قال مشايخ العراق: يملك، وهو قول بعض مشايخنا، لأنه يملك الإعارة، فالإيداع أولى؛ لأنها دون الإعارة.

وقال بعضهم: لا يملك استدلالاً بمسألة مذكورة في «الجامع الصغير»، وهي أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن، ومعلوم أن الرد على يده إيداع إياه، ولو ملك الإيداع لما ضمن، وَإن كان مقيدًا فيراعى فيه القيد ما أمكن؛ لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة، ونحو ذلك، فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم إنما يراعى القيد فيما دخل، لا فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقًا فيما وراءه، فيراعي عند[2] الإطلاق فيما وراءه.

بيان هذه الجملة في مسائل: إذا أَعَار إنسانًا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه، ليس له أن يعيرها من غيره؛ وكذلك إذا أعاره ثوبًا على أن يلبسه بنفسه؛ لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه، إلا إذا تعذر اعتباره، واعتبار هذا القيد ممكنٌ؛ لأنه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوبًا ولبسًا، فلزم اعتبار القيد فيه، فإن فعل حتى هلك ضمن؛ لأنه خالف، وَإن ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت، فإن كانت الدابة مما تطيق/ حملهما جميعًا ب يضمن نصف قيمة الدابة؛ لأنه لم يخالف إلا في قدر النصف، وَإن كانت الدابة مما لا تطيق حملهما، ضمن جميع قيمتها؛ لأنه استهلكها.

---

(١) في ب: بالتقيد.

(٢) في ب: صفة.

ولو أعاره داراً ليسكنها بنفسه[1]، فله أن يسكنها غيره؛ لأن المملوك بالعقد السكني والناس لا يتفاوتون فيه عادةً، فلم يكن التقييد بسكناه مفيدًا فيلغو، إلا إذا كان الذي يسكنها إياه حدادًا أو قصارًا ونحوهما ممن يوهن عليه البناء، فليس له أن يسكنها إياه، ولا أن يعمل بنفسه ذلك؛ لأن المعير لا يرضى به عادة، والمطلق يتقيد بالعرف والعادة؛ كما في الإجارة[2].

ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير، فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير، فكان اعتبار القيد مفيدًا / فيعتبر، ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعيرًا أو دخناً أو أرزًا أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها، استحساناً، والقياسُ أن لا يكون له ذلك، حتى أنها لو عطبت لا يضمن استحسانًا، والقياسُ أن يضمن، وهو قول زفر؛ لأنه خالف.

وجواب الاستحسان أن هذا وإن كان خلافًا صورة، فليس بخلاف معنى؛ لأن المالك يكون راضيًا به دلالة، فلم يكن التقييد بالحنطة مفيدًا، وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه، فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره؛ فإنه لا يكون مخالفًا حتى لا يضمن؛ كذا هذا.

ولو قال عَلَى أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، ليس له أن يحمل عليها حطبًا أو تبنًا أو آجرًا أو حديدًا أو حجارة، سواء كان مثلها في الوزن أو أخف؛ لأن ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر، ولو فعل حتى عطبت، ضمن.

ولو قال: على أن يحمل عليها مائة مَنٍّ قُطْنًا، فحمل عليها مثله من الحديد وزنًا، فعطبت، يضمن؛ لأن القطن ينبسط عل ظهر الدابة، فكان ضرورته أقل من الحديد؛ لأنه يكون في موضع واحد، فكان ضرره بالدابة أكثر، والرضا بأدنى الضررين لا يكون رضًا بأعلاهما، فكان التقييد مفيدًا، فيلزم اعتباره.

ولو قال: عَلَىٰ أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر، فعطبت نظر في ذلك، فإن كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها، يضمن جميع قيمتها؛ لأن حمل ما لا تطيق الدابة/ إتلاف للدابة، وإن كانت الدابة مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة؛ حتى لو قال: على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختومًا، فعطبت، يضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمتها؛ لأنه لم يتلف منها إلا هذا القدر، ولو قيدها بالمكان بأن قال: على أن يستعملها في مكان كذا في المصر، أ

(١) في ب: المستعير.
(٢) المخاتيم: جمع مختوم، والمختوم: الصاع. انظر ترتيب القاموس (ختم).

يتقيد به، وله أن يستعملها في أي وقت شاء بأي شيء شاء؛ لأن التقييد لم يوجد إلا بالمكان، فبقي مطلقًا فيما وراءه، لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان؛ حتى لو جاوزه دخل في ضمانه، ولو أعادها إلى المكان المأذون، لا يبرأ عن الضمان؛ حتى لو هلكت من قبل التسليم إلى المالك يضمن، وهذا قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ الآخر، وكان يقول أولاً يبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ثم رجع.

ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في «كتاب الوديعة»؛ وكذلك لو قيدها بالزمان بأن قال: على أن يستعملها يومًا يبقى مطلقًا فيما وراءه؛ لكنه يتقيد بالزمان؛ حتى لو مضى اليوم ولم يردها على المالك حتى هلكت، يضمن؛ لما قلنا؛ وكذلك لو قيدها بالحمل.

وكذلك لو قيدها بالاستعمال بأن قال: على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت، يضمن؛ لأن الإمساك منه خلاف فيوجب الضمان، ولو اختلف المعير أو المستعير في الأيام أو المكان أو فيما يحمل عليها، فالقول قول المعبر؛ لأن المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير، فكان القول في المقدار والتعيين قوله، لكن مع اليمين؛ دفعاً للتهمة.

فصل في صفة الحكم

وأما صفة الحكم، فهي أن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم؛ لأنه ملك لا يقابله عوض، فلا يكون لازمًا كالملك الثابت بالهبة، فكان للمعير أن يرجع في العارية، سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتًا.

وَعَلى هذا إذا استعار من آخر أرضًا ليبني عليها أو ليغرس فيها، ثم بَدَا للمالك أن يخرجه، فله ذلك، سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة؛ لما قلنا؛ غير أنها إن كانت مطلقة له أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء لأن في الترك ضرراً بالمعير لأنه لا نهاية له، وإذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئًا من قيمة الغرس والبناء؛ لأنه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور[1] ولا غرور من جهته؛ حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتًا، فأخرجه قبل الوقت، بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الأبد، وَإن كانت موقتة فأخرجه قبل الوقت / لم يكن له أن يخرجه ولا يجبر على النقض والقلع، والمستعير بالخيار: إن شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائمًا سليمًا وترك ذلك عليه؛ لأنه لما وقت للعارية وقتًا ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره، فصار كفيلاً عنه فيما يلزمه من العهدة؛ إذ ضمان الغرور

(١) الغرور: الخديعة؛ يقال: غَرَّهُ غَرًّا وغُرُوراً وغِرَّةً ـ بالكسر ـ فهو مغرور وغَرِيرٌ: خَدَعَهُ وأطعمه بالباطل؛ فاغترَّ هو انظر ترتيب القاموس (غرر).

كفالة، فكان له أن يرجع عليه بالضمان ويملك صاحب الأرض البناء والغرس بأداء الضمان؛ لأن هذا حكم المضمونات أنها تملك بأداء الضمان، وَإن شاء أخذ غرسه وبناءه ولا شيء على صاحب الأرض؛ ثم إنما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير إذا لم يكن القلع أو النقض مضرًا بالأرض، فإن كان مضرًا بها، فالخيار للمالك؛ لأن الأرض أصل، والبناء والغرس تابعٌ لها، فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع، فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى، إن شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة، وَإن شاء رضي بالقلع والنقض.

هذا إذا استعار أرضًا للغرس أو البناء، فأما إذا استعار أرضًا للزراعة فزرعها، ثم أراد صاحب الأرض أن يأخذها، لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع، بل يترك في يده إلى وقت الحصاد بأجر المثل؛ استحسانًا، في القياس أن يكون له ذلك كما في البناء والغرس.

وَوَجه الفرق للاستحسان أن النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجبٌ عند الإمكان، وذلك ممكن في الزرع؛ لأن إدراك الزرع له وقت معلوم، فيمكن النظر من الجانبين، جانب المستعير لا شك فيه، وجانب المالك بالترك إلى وقت الحصاد بالأجر، ولا يمكن في الغرس والبناء؛ لأنه ليس لذلك وقت معلوم، فكان مراعاة صاحب الأصل أَوْلَىٰ.

وقالوا في باب الإجارة إذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصد؛ أنه يترك في يد المستأجر إلى وقت الحصاد بأجر المثل؛ كما في العارية لما قلنا؛ بخلاف باب الغصب؛ لأن الترك للنظر، والغاصب جان، فلا يستحق النظر، بل يجبر[1] على القلع.

فصل في بيان حال المستعار

وأما بيان حال المستعار، فحاله أنه أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالإجماع، فأما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ مضمون؛ واحتج بما رُوِيَ أن رسول الله ـ ٱسْتَعَارَ مِنْ صفوانَ درْعًا يَوْم حُنَين، فَقَالَ صَفْوَانُ: أَغَصْبًا يَا مُحَمَّدُ؟ فَقَال عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ ـ: بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ[2] ولأن العين مضمونة الرد حال قيامها، فكانت

(١) في ب: يزجر.

(٢) أما الحديث بلفظ: بل عارية مضمونه فأخرجه أحمد (٣/ ٤٠١) وأبو داود (٣/ ٨٢٢) كتاب البيوع: باب تضمين العارية حديث (٣٥٦٢) والدارقطني (٣/ ٣٩) كتاب البيوع حديث (١٦١) والحاكم (٢/ ٤٧) والبيهقي (٦/ ٨٩) كتاب العارية: باب العارية مضمونة، كلهم من طريق شريك عن عبد العزيز بن رفيع =

مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب؛ وهذا لأن العين اسم للصورة والمعنى، وبالهلاك إن عجز عن رد، الصورة لم يعجز عن رد المعنى؛ لأن القيمة الشيء معناه، فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب؛ ولأنه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونًا عليه؛ كالمقبوض على سوم الشراء.

= عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله ﷺ استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال: أغصب يا محمد فقال: لا بل عارية مضمونة.

وأخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٣) كتاب البيوع: باب تضمين العارية حديث (٣٥٦٣) والبيهقي (٦/ ٨٩) كتاب العارية: باب العارية مضمونة، من طريق جرير عن عبد العزيز عن أناس من آل عبد الله بن صفوان أن رسول الله ﷺ قال: «يا صفوان هل عندك من سلاح» قال: عارية أم غصباً قال: «لا بل عارية» فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعاً. . . .».

وأخرجه البيهقي (٦/ ٨٩ ـ ٩٠) كتاب العارية: باب العارية مضمونة، من طريق جعفر بن محمد عن أبيه أن صفوان بن أمية أعار رسول الله ﷺ سلاحاً من ثمانون درعاً فقال له أعارية مضمونة أم غصباً فقال رسول الله ﷺ: «بل عارية مضمونة» وفي الباب عن جابر.

أخرجه الحاكم (٣/ ٤٨ ـ ٤٩) والبيهقي (٦/ ٨٩) كتاب العارية: باب العارية مضمونة، من طريق ابن إسحاق حدثني عاصم بن عمر بن قتادة عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ سار إلى حنين ـ وفيه ـ ثم بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن أمية فسأله أدراعاً عنده مائة درع وما يصلحها من عدتها فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: بل عارية مضمونة حتى نؤديها عليك ثم خرج رسول الله ﷺ سائراً.

قال الحاكم: صحيح الإسناد لم يخرجاه ووافقه الذهبي.

أما الحديث بلفظ: بل عارية مؤداة.

فأخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٦) كتاب البيوع: باب تضمين العارية حديث (٣٥٦٦) وابن حبان (١١٧٣ ـ موارد) وأحمد (٤/ ٢٢٢) والدارقطني (٣/ ٣٩) كتاب البيوع حديث (١٥٩) من طريق حبان بن هلال ثنا همام بن يحيى ثنا قتادة عن عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية قال: قال لي رسول الله ﷺ: «إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة قال: بل عارية مؤداة.

صححه ابن حبان وقال ابن حزم في «المحلى» (٩/ ١٧٣): حديث حسن: ليس في شيء مما يروى في العارية خبر يصح غيره.

وقال الحافظ في «بلوغ المرام» (ص ـ ١٨٣) رقم (٩١٣): رواه أحمد وأبو داود والنسائي وصححه ابن حبان: اهـ.

وله شاهد من حديث ابن عباس.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٨) كتاب البيوع حديث (١٥٧) والحاكم (٢/ ٤٧) والبيهقي (٦/ ٨٨) من طريق عكرمة عن ابن عباس به.

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

ولنا: أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان، فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والإجارة، وَإنما قلنا ذلك؛ لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، وفعله الموجود منه ظاهرًا هو العقد والقبض، وكل واحدٍ منهما لا يصلح سببًا لوجوب الضمان.

أما العقد؛ فلأنه عَقْدُ تبرعٍ بالمنفعة تمليكًا أو إباحة على اختلاف الأصلين، وأما القبض فلوجهين:

(أحدهما): إن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سببًا لوجوب الضمان، فبالإذن

أولى؛ وهذا لأن قبض مال الغير بغير إذنه هو إثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك، وهذا إحسان في حق المالك؛ قال الله ـ تبارك وتعالى جلَّ شأنه ـ: ﴿هَلْ جَزَآءُ الإِحْسَانِ إِلاَّ الإِحْسَانُ﴾ [الرحمن:٦٠] وقال ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة:٩١] دلَّ أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سببًا لوجوب الضمان، فمع الإذن أولى.

(الثاني): إن القبض المأذون فيه لا يكون تعديًا؛ لأنه لا يفوت يد المالك، ولا ضمان إلا على المتعدي؛ قال الله ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿فَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة:١٩٣] بخلاف قبض الغصب.

وأما الاستدلال بضمان الرد، قلنا إن وجب عليه رد العين حال قيامها، لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها، وقوله قيمتها معناها، قلنا: ممنوعٌ وهذا لأن القيمة هي الدراهم والدنانير، والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الأولى، فالعجز عن رد أحد العينين لم يوجب رد العين الأخرى، وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق، بل بطريق آخر وهو إتلاف المغصوب معنى لما علم، وهنا لم يوجد، حتى لو وجد يجب/ب الضمان، ثم نقول إنما وجب عليه ضمان الرد؛ لأن العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه، وعندنا إذا هلكت في تلك الحالة ضمن.

وأما قوله قبض مال الغير لنفسه، فنعم، لكن قبض مال الغير لنفسه بغير إذنه لا يصلح سببًا لوجوب الضمان؛ لما ذكرنا، فمع الإذن أَوْلَىٰ.

والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض، بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم، ولا حجة له في حديث صفوان؛ لأن الرواية قد اختلفت، فقد روي أنه هرب من رسول الله ﷺ ـ فأرسل إليه فأمنه [فأسلم][1] وكان رسول الله ـ ﷺ ـ يريدُ

---

(١) سقط من ط.

حنينًا، فقال: «هَلْ عِنْدَكَ شَيْءٌ مِنَ السِّلَاحِ؟ فقال: عَارِيَةً أَوْ غَصْبًا؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصلاة والسلام: «عَارِيَّةٌ، فأعاره ولم يذكر فيه الضمان، والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة، فلا يكون الثابت إلا إحداهما، فتعارضت الروايتان، فسقط الاحتجاج، مع ما أنه إن ثبت فيحتمل ضمان الرد، وبه نقول، فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال، يؤيد ما قلنا ما روي عن رسول الله ـ ﷺ ـ أنه قال: «العَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ».

فصل فيما يوجب تغير حالها

وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعار من الأمانة إلى الضمان ما هو المغير حال الوديعة، وهو الإتلاف حقيقة أو معنى؛ بالمنع بعد الطلب، أو بعد انقضاء المدة، وبترك الحفظ، وبالخلاف؛ حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن؛ لأنه واجب الرد في هاتين الحالتين؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ «العارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ»، وقوله عليه الصلاة والسلام ـ: عَلَى اليَدِ ما أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ» ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب، فصارت العين في يده كالمغصوب، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه.

ولو ردَّ العارية مع عبده، أو ابنه، أو بعض من في عياله، أو مع عبد المعير، أو ردها بنفسه إلى منزل المالك، وجعلها فيه ـ لا يضمن استحسانًا، والقياس أن يضمن كما في الوديعة، وقد ذكرنا/ الفرق بينهما في «كتاب الوديعة». أ

وكذا إذا ترك الحفظ حتى ضاعت، وكذا إذا خالف، إلا أن في باب الوديعة إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ، وهنا لا يبرأ، وقد تقدم الفرق في «كتاب الوديعة».

ولو تصرف المستعير وادعى أن المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك، فالقول قول المالك حتى يقوم المستعير على ذلك بينة؛ لأن التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الأصل، فدعوى الإذن منه دعوى أمر عارض، فلا تسمع إلا بدليل، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

كِتَابُ الوَقفْ وَالصَّدَقَةِ

أما الوقف، فالكلام فيه في مواضع:

في بيان جواز الوقف وكيفيته.

وفي بيان شرائط الجواز.

وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به[1].

---

(١) إن الله جلّت قدرته، وعلت حكمته، وعمّت رحمته قد أراد النفع لعباده، وأحسن إليهم ببيان سبل الخيرات، سواء أكان النفع في دنياهم أم في آخرتهم، فشرع لهم الوقف بنوعيه حفظاً لأموالهم التي جعل الله لهم قياماً، من أن تعبث بها يد السفهاء، فتتوى عزتهم، وتنصرم سعادتهم، وإدامة لعملهم الصالح في الحياة الدنيا وبعد انتقالهم منها، ليصل ثوابه إليهم دائماً، فضلاً منه وكرماً. يشير إلى ذلك. قول الصادق المصدوق ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية؛ وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له»، ولذا ذكر صاحب «الفتح» محاسنه بقوله: ومحاسن الوقف ظاهرة، وهي الانتفاع الدّارُّ الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين، من الأحياء والموتى، لما فيه من إدامة العمل الصالح، كما في الحديث المعروف: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية.....» الحديث.
ويستأنس بما قاله الإمام الدهلوي في كتابه «حجة الله البالغة»: ومن التبرعات الوقف، وكان أهل الجاهلية لا يعرفونه فاستنبط النبي ﷺ لمصالح لا توجد في سائر الصدقات، فإن الإنسان ربما يصرف في سبيل الله مالاً كثيراً ثم يفنى، فيحتاج أولئك الفقراء تارة أخرى، ويجيء أقوام من الفقراء فيبقون محرومين، فلا أحسن، ولا أنفع للعامة، من أن يكون شيء حبساً للفقراء، وأبناء السبيل، تصرف عليهم منافعه، ويبقى أصله على ملك الواقف. وهو قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «إن شئت حبست أصلها» وساق الحديث: اهـ وأما سبيله: فهو إرادة محبوب النفس في الدنيا ببر الأحباب، وفي الآخرة بالثواب، إذا كان بالنية من أهلها، وهو المسلم العاقل، وذلك لأن الوقف قد يكون مباحاً، والمراد أنه لم يوضع للتعبد به كالصلاة، والصيام، والزكاة، والحج، والوقف لغة: الحبس، مصدر وقفت أقف: حبست.
قال عنترة:

وَوَقَفتُ فِيهَا نَاقَتِي فَكَأَنَّهَا ... فَدَنٌ لأقضي حاجة المتلوّم

ومنه الموقف؛ لأن الناس يوقفون أي: يحبسون للحساب، وهو أحد ما جاء على «فعلة ففعل»، يأتي لازماً ومتعدياً، ويجتمعان في قول القائل: وقفت زيداً، أو الحمار فوقف، وأما أوقفة بالهمز، فلغة رديئة. =

....

= وقال أبو الفتح بن جني: أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال: يقال: وقفت داري وأرضي، ولا يعرف «أوقفت» في كلام العرب.
وقال الجوهري: وليس في الكلام أوقفت إلا حرفاً واحداً، «أوقفت على الأمر الذي كنت عليه»، ثم اشتهر المصدر أي الوقف في الموقوف، فقيل: هذه الدار وقف، أي: موقوف، كنسج اليمن بمعنى منسوج اليمن، ولذا جمع على أفعال فقيل: «وقف وأوقاف؛ كوقت وأوقات».
وشرعاً: اختلفت عبارات الكاتبين في تعريفه على مذهب الإمام، فمنهم من جعل التعريف للوقف المختلف فيه، وهو صاحب «متن التنوير»، على ما فهمه العلامة ابن عابدين، حيث قال: «هو حبس العبد على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة».
ومثله صاحب الهداية حيث عرفه بقوله: «وعند أبي حنيفة حبس العبد على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية».
ومنهم من جعله تعريفاً للوقف اللازم المتفق عليه، وهو العلامة صاحب «الدر المختار» شرح تنوير الأبصار، حيث زاد قيد حكم فيكون التعريف حينئذٍ: «حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة» بناء على ما فهمه العلامة ابن عابدين أيضاً، وعبارته في حاشيته على الدر المختار هي «قوله على حكم ملك الواقف» قدر لفظ حكم تبعاً للأسعاف والشرنبلالية، ليكون تعريفاً للوقف اللازم المتفق عليه، أما غير اللازم فإنه باق على ملك الواقف حقيقة عنده، ولذا قال القهستاني: وشرعاً عنده حبس العين، ومنع الرقبة المملوكة بالقول عن تصرف الغير حال كونها مقتصرة على ملك الواقف، فالرقبة باقية على ملكه في حياته، وملك لورثته بعد وفاته، بحيث يباع ويوهب. ثم قال: ويشكل بالمسجد فإنه حبس على ملك الله تعالى بالإجماع، اللهم إلا أن يقال: إنه تعريف للوقف المختلف فيه. اهـ والحاصل أن المصنف عرف الوقف المختلف فيه، والشارح قدر الحكم اختياراً للازم المتفق عليه، ولكل وجهة هو موليها، لكن جهة الشارح أرجح من حيث إن المصنف قال: «هو حبس العين، وذلك لا يناسب تعريف غير اللازم، إذ لا حبس فيه؛ لأنه غير ممنوع عن بيعه ونحوه، بخلاف اللازم فإنه محبوس حقيقة، وكثيراً ما تخفى رُموز هذا الشارح الفاضل على الناظرين، خصوصاً من هو مولع.
بالاعتراض عليه فافهم. إلى هنا انتهى كلام العلامة ابن عابدين.
وقد يرى الناظر في كلامه أن زيادة قيد حكم في التعريف لا تعينته تعريفاً للوقف اللازم المتفق عليه، بدليل أن صاحب الإسعاف الذي ذكر لفظ حكم في التعريف، استدل للإمام بالأدلة الدالة على عدم لزومه مع ذكر لفظ حكم في التعريف، وقال بعد أن ساق هذه الأدلة: «والدليل على أنه باق على حكم ملكه بعد الوقف؛ أنه لو قال: تصدقوا على فلان، فإذا مات فعلى أولاد فلان؛ أنه يفعل كما قال، وأنه يجوز له الانتفاع به زراعة وسكنى، وأن ولاية التَّصرف إليه، ولهذا عرف على قوله بأنه حبس العين على حكم ملك الواقف إلى آخره، وقال بعد ذلك في مقابلة مذهب الإمام: «ولما كان الوقف عندهما إسقاط الملك لا إلى مالك كالمسجد، عرفوه بأنه حبس العين عن التمليك والتصدق بالمنفعة. اهـ من «الإسعاف».
وأيضاً يكون التعريف غير جامع لوقف المسجد؛ لأن المسجد حبس على ملك الله تعالى بالإجماع كما نقل عن القهستاني، فلا يتعلق به ملك العبد، ولا حكم ملكه، إلا أن يقال: هذا التعريف لوقف غير المسجد، وتأييده وجهة نظر صاحب «الدر المختار»، على ما فهمه من أنه تعريف للوقف اللازم المتفق =

....

= عليه بقوله: لكن جهة الشارح أرجح من حيث إن المصنف قال: هو حبس العين، وذلك لا يناسب تعريف غير اللازم الخ.
قد يقال فيه: إنه حبس بالقوة، يؤول إلى كونه حبساً بالفعل عند وجود شرطه، ويشهد لذلك ما ساقه هو (العلامة ابن عابدين) نقلاً عن البحر بقوله: ونظر فيه في البحر بأن سلب الفائدة مطلقاً غير صحيح؛ لأنه يصح الحكم به، ويحل للفقير أن يأكل منه، وثياب الواقف به ويتبع شرطه، ويصح نصب المتولي عليه، وهذا البحث الذي في «البحر» ورد على بحث صاحب الفتح، وحاصله أنه إذا لم يزل ملكه عنده قبل الحكم فلفظ «حبيس» لا معنى له؛ لأن له التصرف فيه متى شاء، فلم يحدث الوقف إلا مشيئة التصدق بالمنفعة، وله أن يترك ذلك متى شاء، وهذا القدر كان ثابتاً قبل الوقف، فلم يفد لفظ الوقف شيئاً. انتهى.
وإذا أريد تعريف الوقف اللازم على مذهب الإمام بعد وجود شرطه، فليكن هو تعريف الوقف للصاحبين، لثبوت التلازم بين اللزوم والخروج عن الملك، كما نقله العلامة ابن عابدين عن صاحب «الفتح» ـ رحمه الله ـ بقوله: لثبوت التلازم بين اللزوم والخروج عن الملك باتفاق وأئمتنا الثلاثة.
وإذا كان الغرض هو بيان حقيقة الوقف على مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله، وبيانها على مذهب الصاحبين رحمهما الله، بسوق أدلة كل من الجانبين؛ فالمناسب ذكر تعريف الوقف المختلف فيه، والظاهر أنه تعريف لغير وقف المسجد، بدليل أن الإمام خالف شرطه فيه، وأن الصاحبين رحمهما الله استدلا لمذهبهما بالقياس على المسجد، والإمام ـ رحمه الله تعالى ـ قد رد عليهما بالفرق بين الوقف والمسجد، فتعريف الوقف حينئذٍ عنده هو حبس العين على ملك الواقف؛ والتصدق بالمنفعة، ولو في الجملة، وبزيادة هذا القيد، صار التعريف جامعاً لدخول صورتي الوقف على الوقف على النفس ثم على الفقراء، والوقف على الأغنياء، ثم على الفقراء فيه؛ والذي زاد هذا القيد هو صاحب «الدر المختار»، ووجه صحة هذين الفرعين ودخولهما في التعريف، أن الوقف تصدق ابتداء وانتهاء، إذ لا بد من التصريح بالتصدق على وجه التأبيد، أو ما يقوم مقامه، كما يأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى ـ ولكنه إذا جعل أوله على معينين صار كأنه استثنى ذلك من الدفع إلى الفقراء، كما صرحوا به، ولذا لو وقف على بنيه، ثم على الفقراء، ولم يوجد إلا ابن واحد، يعطى النصف، والنصف الباقي للفقراء لأن ما بطل على الابن صار للفقراء؛ لأن الوقف خرج عن ملك الواقف بقوله: «صدقة موقوفة أبداً فقد ابتدأه بالصدقة وختمه بها، كما قاله الخصاف، فعلم أن صدقة ابتداء، ولا يخرجه عن ذلك اشتراط صرفه لمعين، ثم هو عند الإمام بمنزلة العارية، فتصرف منفعته إلى جهة الوقف مع بقاء العين على ملك الواقف، ولو رجع عن حال حياته جاز مع الكراهة ويورث عنه، ولا يلزم إلا بأحد أمرين.
أما أن يحكم به القاضي، أو يخرجه مخرج الوصية، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى وإنما كان بمنزلة العارية؛ لأنه ليس بعارية حقيقة؛ لأنه إن لم يسلمه إلى غيره، فظاهر أنه ليس بعارية، وإن أخرجه إلى غيره، فذلك الغير وهو المتولي قد يكون ليس هو المستوفي للمنفعة، فمراد الإمام أنه صحيح كالعارية لكنه غير لازم.
وإذا علم هذا فقول بعض الناس: إن أبا حنيفة لا يجوز الوقف عنده أخذاً من ظاهر عبارة الأصل، وهو المبسوط حيث ذكر فيه كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف، غير صحيح.
قال صاحب الفتح: «وإذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين =

....

= على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس إلا التصدق بالمنفعة، ولفظ «حبس» الخ لا معنى له؛ لأن له بيعه متى شاء، وملكه مستمر فيه، كما لو لم يتصدق بمنفعته، فلم يحدث الواقف إلا مشيئة التصدق بمنفعته، وله أن يترك ذلك متى شاء، وهذا القدر كان ثابتاً له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف، فلم يفد لفظ الوقف شيئاً، وهذا معنى ما ذكر في «المبسوط» من قوله: كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف، وحينئذٍ فقول من قال: «الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز» أخذاً من ظاهر لفظ المبسوط صحيح؛ لأنه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن، وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم، والجواز، والنفاذ، والصحة فرع اعتبار الوجود، ومعلوم أن قوله: لا يجوز ولا يجيز «ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف، بل لا يجيز الأحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف، فلا خلاف إذن فأبو حنيفة «لا يجيز الوقف، أي: لا يثبت الأحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم بها حاكم: انتهى.

ونظر فيه في «البحر» بأن سلب الفائدة مطلقاً غير صحيح؛ لأنه يصح الحكم به، ويحل للفقير أن يأكل منه، وثياب الواقف به ويتبع شرطه، ويصح نصب المتولي عليه، وقول من أخذ بظاهر اللفظ غير صحيح؛ لأنه ظاهره عدم الصحة أصلاً، ولم يقل به أحد وإلا لزم ألا يصح الحكم به انتهى.

قال ابن عابدين رحمه الله مؤيداً نظر صاحب «البحر»: بل ذكر في الإسعاف أن عنده يكون نذراً بالتصدق، حيث قال: وحكمه ما ذكر في تعريفه، فلو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة جاز لازماً عند عامة العلماء.

وعند أبي حنيفة يكون نذراً بالصدقة بغلة الأرض ويبقى ملكه على حاله، فإذا مات يورث عنه اهـ. أي: فيجب عليه التصدق بغلته انتهى كلامه.

وعند الصاحبين رحمهما الله تعالى: هو حبس العين عن التمليك والتصدق بالمنفعة، وهذا التعريف ذكره صاحب «الإسعاف» وعلله بقوله: ولما كان الوقف عندهما إسقاط الملك لا إلى مالك كالمسجد، عرفوه بأنه حبس إلى آخره، ويمكن أن يزاد قيد، ولو في الجملة، ليكون التعريف جامعاً لصورتي الوقف على النفس ثم على الفقراء، والوقف على الأغنياء ثم على الفقراء كما زاده صاحب «الدر المختار» في التعريف على مذهب الإمام رحمه الله، وإذا كان الوقف عندهما إسقاط الملك لا إلى مالك، يعني من العباد فيزول ملك الواقف عنه، ويتمحض ملكاً لله سبحانه وتعالى فيلزم، فلا يباع ولا يوهب ولا يورث، وغير ذلك من التصرفات الناقلة للملك، ومذهبهما هو الأصح من مذهب الإمام الشافعي، والإمام أحمد رحمهما الله تعالى.

وقال بعضهم: «وللشافعي قول آخر»، وهو رواية عن أحمد ينتقل إلى ملك الموقوف عليه إن كان أهلاً للملك، لامتناع السائبة، والمختار الأول؛ لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف؛ لأنه لا ملك له فيه، لكنه ينتقل للإجماع على صحة قوله: ثم من بعد فلان على كذا، والجواب عن كونه يكون سائبة سيأتي في الأجوبة عن أدلة الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف، فلا يزول ملكه عنده، لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب، وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد؛ لأنه ﷺ قال: «حبس الأصل وسبل الثمرة».

قال الكمال بن الهمام رحمه الله: وهذا أحسن الأقوال، فإن خلاف الأصل، والقياس ثابت في كل من القولين؛ وهو خروجه لا إلى مالك، وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له =

....

= نظير في الشرع، فمن الأول المسجد وغيره، ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها باقياً ولا تباع ولا توهب ولا تورث، وكذا المدبر المطلق عندنا، فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل، ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت، والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه، فليثبت ذلك القدر فقط، ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل، ولم يتحقق؛ فإن الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق بأصله، مع أنه ليس على ظاهره، وإلا لخرج إلى مالك آخر.

ثم رأينا غيره بينه بقوله: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، أي بالثمرة أو الغلة، وظاهره حبسها على ما كان، فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك، وكذا المعنى الذي استدل به، وهو أن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف يفيد لزومه لا غيره، والحاصل أنه ثبت قوله ﷺ لعمر تصدق، قوله: حبس والمفهومان مختلفان؛ لأنه معنى «تصدق بأصلها» ملكه الفقير لله سبحانه، ومعنى «حبس» أحبسه على ما كان، ولا يمكن أن يراد بهما إلا معنى أحدهما، وإلا كان ﷺ مجيباً لعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة بأمرين متنافيين، فإما أن يحمل «حبس» على معنى تصدق، والاتفاق على نفيه، إذ لا يقول واحد من الثلاثة يملك الفقير للعين، فوجب أن يحمل «تصدق» على معنى حبس. وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، فيحبس على الملك شرعاً، وإذا حبس عليه شرعاً امتنع بيعه. انتهى.

ولا شك أن قوله: «وإذا حبس عليه شرعاً امتنع بيعه» إنما يناسب مذهب الإمام مالك رحمه الله؛ لأنه إذا لزم عند الإمام أبي حنيفة بتوفر شرطه يخرج عن الملك، لما نقل الكمال ـ رحمه الله ـ من ثبوت التلازم بين اللزوم والخروج عن الملك باتفاق أئمتنا الثلاثة، كما سبقت الإشارة إليه، وهذا التأييد الذي ساقه يتناول مذهب الإمام أبي حنيفة أيضاً كما صرح به، لكن استدرك عليه في مكان آخر بقوله: لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوماً لعدم لزومه صدقة أو برّاً، وليس كذلك، بل هما منفكان كما ذكرنا في أم الولد والمدبر انتهى.

ثم إن الناظر للفظ «الوقف» يرى أنه صالح لصدقه عليهما؛ أي يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه، إذ ليس من مقتضيات لفظ «وقفت داري» أو «حبستها» خروجها عن الملك، فيصدق مع كل منهما، فالترجيح أي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل.

قال في الفتح: «ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما يفيد اللزوم لا الخروج عن الملك، ومن قبله تفيد نفي كل منهما، فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب اهـ.

للإمام أبي حنيفة على عدم لزومه أدلة:

الأول: القياس على العارية، فكما أن المعار يبقى على ملك المعير وللمستعير المنفعة، فكذلك العين الموقوفة تبقى على ملك الواقف والموقوف عليه يستوفي المنفعة.

الثاني: ما أسنده الطحاوي في شرح «معاني الآثار» إلى عكرمة عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: «سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أنزلت سورة النساء نهى عن الحبس»، وروى هذا الحديث الدارقطني، وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوهما، ورواه ابن أبي شيبة موقوفاً على عليّ حدثنا هشيم عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي. قال: قال علي رضي الله عنه: «لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع.

قال الكمال رحمه الله: وينبغي أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع؛ لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف، =

....

= ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال إلا سماعاً، وألا فلا يحل، والشعبي أدرك علياً، وروايته عنه في البخاري ثابتة.
والجواب عنه: أن الواقف متى صدر منه وقفه، وهو في حال صحته بالغ عاقل. كامل التصرف في ماله، وهو مالك لما وقفه كان ذلك جائزاً لازماً، كما أن له بالإجماع أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ببيع، وهبة، وصدقة، فله أن يبيع ما يملكه لمن يشاء، وأن يهبه ويسلمه لمن يشاء، وأن يتصدق به على من يشاء من الفقراء، وإذا تصدق به على الفقراء، فليس له الرجوع بعد ذلك، وهذه التصرفات كلها لا يمكن أن يقال فيها: إنها حبس عن فرائض الله تعالى، ولا يعد المالك بها فارًا من فرائض الله تعالى في المواريث، فالواقف في الصحة وهو يملك ما يقفه كذلك لا حبس في وقفه عن فرائض الله تعالى، وأيضاً إن فعله قبل أن تكون فرائض الله تعالى، وقبل أن يتعلق حق أصحاب الفرائض بالميراث، فلا يتحقق الحبس، ولذلك فسر بعضهم حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - وقول علي - رضي الله عنه - بأن المراد منه لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة، وأوضح منه ما جاء في «الإسعاف» جواباً عنه أنه محمول على أنه لا يمنع أصحاب الفروض عن فروضهم التي قدرها الله لهم في سورة النساء بعد الموت، بدليل نسخها، لما كانوا عليه من حرمانهم الإناث قبل نُزولها، وتوريثهم بالمؤاخاة والموالاة مع وجودهن.
الثالث: ما روي عن شريح قال: (جاء محمد ببيع الحبيس) رواه ابن أبي شيبة في البيوع حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن أبي عوف عن شريح قال: (جاء محمد ببيع الحبيس) وأخرجه البيهقي. أيضاً.
قال الكمال رحمه الله: وشريح من كبار التابعين، وقد رفع الحديث، فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل اهـ. والإمام أبو حنيفة رحمه الله ممن يحتج به كما هو مقرر في أصول الفقه وفروعه.
والجواب عنه: أن قول شريح رحمه الله: «جاء محمد إلى آخره» محمول على حبس الكفرة، مثل السائبة، والبحيرة، والحام، عملاً بما هو صريح اللفظ متواتر المعنى، وحملاً للمحتمل عليه توفيقاً بين الأدلة، وهذا الجواب ثبت عن الإمام الشافعي رحمه الله؛ فإنه لما روي حديث (لا حبس عن فرائض الله)، وقول شريح: (جاء محمد بإطلاق الحبس) حمله على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة، والسائبة، والوصيلة، والحام، حيث قال رحمه الله «الحبس التي جاء محمد ﷺ بإطلاقها، هي بينة في كتاب الله عز وجل، قال الله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلاَ سَائِبَةٍ وَلاَ وَصِيلَةٍ وَلاَ حَامٍ﴾ فهذه الحبس هي التي كان أهل الجاهلية يحبسونها، فأبطل الله شروطهم فيها، وأبطلها رسول الله ﷺ بإبطال الله إياها، وهي أن الرجل كان يقول: إذا نتج فحل إبله، ثم ألقح فأنتج منه، هو حام أي: قد حمى ظهره، فيحرم ركوبه، ويجعل ذلك شبيهاً بالعتق، ويقول في البحيرة والوصيلة على معنى يوافق هذا، ويقول لعبده: أنت حر سائبة لا يكون لي ولاؤك، ولا علي عقلك.
وقيل: إنه أيضاً في البهائم قد سيبتك. قال الشافعي رضي الله عنه: فلما كان العتق لا يقع على البهائم، ردّ رسول الله ﷺ - ملك البحيرة، والوصيلة، والحام إلى ملكه، وأثبت العتق، وجعل الولاء لمن أعتق السائبة، وحكم له بمثل حكم النسب، ولم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً، ولا أرضاً تبرراً بحبسها، وإنما حبس أهل الإسلام بأمر النبي ﷺ اهـ.
وأما قول صاحب «العناية» بعد أن نقل أنهم يحملون الحبس على ما قاله الإمام الشافعي - رحمه الله - استدراكاً عليه: «ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم، فتتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث، =

....

= إلا ما قام عليه دليل اهـ». فهو غير مسلم؛ لأن الوقف في حال الصحة كسائر التصرفات الناجزة في حال الصحة، من بيع، وهبة، وصدقة، وغير ذلك، فكما أن هذه التصرفات لا تعد حبساً عن الميراث، فالوقف كذلك، فالدليل قائم بلا شك على أن المالك يتصرف في ملكه كيف يشاء، إلا إذا حجر عليه بطريقه الشرعي، أو كان مريضاً مرض الموت، على أن في مرض الموت إنما يحجر عليه فيما زاد على الثلث فقط؛ لأنه هو الذي يتعلق به الميراث، وتوضيحاً لمعنى حبس أهل الجاهلية الواردة في قول الله تعالى: ﴿ما جعل الله من بحيرة﴾ الآية يحسن ذكر ما قاله بعض أئمة التفسير فيها.

قال الإمام النسفي رحمه الله تعالى: كان أهل الجاهلية إذا نُتِجت الناقة خمسة أبطن آخرها ذكر؛ بحروا أذنها أي: شقوها، وامتنعوا من ركوبها وذبحها، ولا تطرد عن ماء ولا مرعى، واسمها «البحيرة» وكان يقول الرجل: إذا قدمت من سفري، أو برأت من مرضي، فناقتي سائبةً، وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع بها.

وقيل: كان الرجل إذا أعتق عبداً قال: «هو سائبة» فلا عقل بينهما ولا ميراث، وكانت الشاة إذا ولدت سبعة أبطن، فإن كان السابع ذكراً أكله الرجال، وإن كان أنثى أرسلت في الغنم، وكذا إن كان ذكراً أو أنثى، وقالوا: وصلت أخاها، فالوصيلة بمعنى الواصلة، وإذا نتجت من صلب الفحل عشرة أبطن قالوا: قد حمى ظهره، فلا يركب، ولا يحمل عليه، ولا يمنع من ماء ولا مرعى، ومعنى «ما جعل» ما شرع ذلك، ولا أمر به اهـ.

الرابع: أنه عقد على منفعة معدومة، فيكون جائزاً غير لازم.

الخامس: أن حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعةً، وسكنى لغير الواقف، وتعلق حقوق العباد بالعين أثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الأصل، فإما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف، أو له، واتفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد، فيجب أن يكون ملكاً للواقف.

السادس: أن له ولاية التصرف فيه؛ بصرف غلاته إلى مصارفها، وباشتراط صرفها مرتبة، كما إذا قال: «تصدقوا على فلان، فإذا مات فعلى أولاد فلان، فإنه يفعل كما قال، وينصب القوام فيها، وذلك يكون بحسب الأصل عن ملكه للعين، إلا أن يوجب موجب لا مرد له خروجه عن ملكه، وأن تصرفه بولاية غير الملك، ولم يثبت ذلك.

والجواب عنه: أن هذه التصرفات لا يلزم في صحتها منه أن يكون ملكه باقياً في العين، بل تصح، وإن خرجت العين عن ملكه بتولية الشرع له، لكونه هو الواقف، والعين خرجت عنه، ألا ترى أن القربان تصير بالإراقة إلى الله تعالى، ثم إن صاحبه يتصرف فيه بالأكل، والإطعام، والتصدق به بتولية الشرع، لكونه المتقرب به، فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك اهـ بتصرف عن العناية.

السابع: أنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً، ولا يتصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه، فهذا يقتضي قيام الملك.

والجواب عنه: أنه لو اقتضى دوام الصدقة دوام الملك لانقطعت الصدقة بانقطاع الملك، والملك ينقطع بموت الواقف، فلو انقطعت هي أيضاً لم تكن دائمة، وهذا خلاف ما قضت به الأحاديث الصحيحة.

الثامن: أنه لا يمكن أن يزول ملكه عنه لا إلى مالك مع بقائه؛ لأنه غير مشروع، إذ حينئذٍ يصير كالسائبة.

والجواب عنه: أنه إذا خرج عن ملك الواقف لا يكون سائبة، وذلك أن الأصل في الأشياء جميعها أنها =

....

= ملك لله تعالى، وليس لغيره فيها ملك، ولكن الله بفضله ورحمته قال: ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾ فأذن لنا أن نتملك الأموال، ويمتاز كل إنسان بملك خاص به، وحرم على كل واحد منهم أن يتعرض لملك الآخر، وجعل لكل من ملك شيئاً من المال أن يتصرف فيه كيف يشاء، بحيث لا يجوز أن يحجر عليه إلا بأسبابه المعروفة شرعاً من دين ونحوه، وإذا وقف الواقف ما يملكه، مما أجاز الشارع وقفه، فقد أزال ملكه الطارىء عما وقفه، وجعله باقياً على خالص ملك الله تعالى، كما كان أولاً قبل أن يتملكه، فخرج بذلك عن ملكه لا إلى مالك من العباد، لكن إلى ملك الله؛ لأنه كان مملوكاً لله تعالى قبل أن يتملكه الواقف؛ وبعد أن تملكه بإذنه تعالى، فملك الله تعالى لا يزول، ولكن الذي زال إنما هو ملك الواقف.

وللصاحبين ـ رحمهما الله تعالى ـ على لزومه أدلة:

الأول: قول النبي ﷺ ـ لعمر رضي الله عنه ـ حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى «ثمغ»: تصدق بأصلها، لا يباع، ولا يورث، ولا يوهب، وهذا الحديث روي من طرق عدة، قال محمد بن الحسن في الأصل: أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمر، أن عمر بن الخطاب كان له أرض تدعى «ثمغ» قال: وكان نخلاً نفيساً، قال: فقال: يا رسول الله إني استفدت مالاً هو عندي نفيس، أفأتصدق به، قال: فقال رسول الله ﷺ: «تصدق بأصله، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن تنفق ثمرته» قال: فتصدق به عمر في سبيل الله، وفي الرقاب، وللضيف، وللمساكين، ولابن السبيل، ولذي القربى؛ لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف، أو يؤكل صديقاً غير متمول فيه: وهو من تمول الرجل، أي: صار ذا مال وهذا الحديث في الصحيحين، وباقي الكتب الستة، روى البخاري بسنده عن نافع عن ابن عمر قال: «أصاب عمر بخيبر أرضاً فأتى النبي ﷺ ـ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالاً قط أنفس منه، فكيف تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها، فتصدق بها عمر ولا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث للفقراء، والقربى، والرقاب، وفي سبيل الله، والضيف وابن السبيل»، الحديث.

وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن تنفق ثمرته».

وفي رواية الدارقطني بعد قوله: «ولا يورث» من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع (حبيس ما دامت السموات والأرض). وقد كتب عمر رضي الله عنه كتاب وقفه كتبه معيقيب، وشهد عبد الله بن الأرقم، وكان هذا في زمن خلافته؛ لأن معيقيباً كان يكتب في خلافته له، وقد كان وقفه في أيام النبي ﷺ كما يشهد له الحديث المذكور. فإن قيل: إن ما رويناه لا يدل على اللزوم، ولهذا أراد عمر رضي الله عنه أن يبيع وقفه بعد موت النبي ﷺ، ثم كره أن ينقض ما كان بينه وبين رسول الله ﷺ فتركه، حيث قال: (لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها).

فالجواب عنه: أن هذه الرواية أخرجها الطحاوي من طريق مالك عن الزهري، قال: قال عمر: (لولا أني ذكرت) الخ، فيكون الحديث منقطعاً حينئذٍ؛ لأن الزهري لم يدرك عمر، وهذا وإن كان لا يمنع من كونه حجة، لكونه الزهري إماماً جليل القدر لا يتهم في روايته، لكن لا يقوى على معارضة ما هو متصل، وأقوى منه مما رواه البخاري وغيره، فلهذا يسقط الاحتجاج به، على أن الإمام الشافعيّ رضي الله عنه ذكر في كتابه «الأم» عن محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ـ أن الزهري قبيح =

....

= المرسل، وأقرّه الشافعيّ على ذلك، والمنقطع والمرسل في اصطلاحهما نوع واحد، وهما أدرى بما يقبل وما لا يقبل، فهو لا حجة فيه من هذه الجهة أيضاً.

الثاني: أن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف لحاجته، إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أشار الشرع إلى إعمال ما يدفع هذه الحاجة، فيما روى الترمذي بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له». ولا طريق إلى تحقق دفع هذه الحاجة، وإثبات هذه الصدقة الجارية، إلا لزومه.

الثالث: القياس على المسجد وعلى العتق، فإن الإجماع منعقد على أن من وقف مسجداً أو أعتق عبداً، فقد لزم، وخرج عن ملكه إلى خالص ملك الله تعالى، فلا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، فكذلك الوقف.

والجواب عنه: أن هناك فرقاً بين الوقف، والمسجد، والعتق، بيان ذلك أن المسجد جعل لله تعالى ـ على الخلوص، محرراً عن أن يملك العباد فيه شيئاً غير العبادة فيه، وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين، قياساً على الكعبة، والوقف غير المسجد، ليس كذلك، بل ينتفع العباد بعينه زراعةً وسكنى وغيرهما، كما ينتفع بالمملوكات، وما كان كذلك ليس كالمسجد، فيلحق بالكعبة كما ألحق المسجد بها، وأيضاً قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف، أن يكون ملكه دائماً، إذ لا تصدق بلا ملك، فاقتضى قيام الملك، ومن لوازم قيام الملك يكون الوقف لازماً، والإعتاق إتلاف للمملوك بالكلية، وليس الوقف كذلك، وقد أجاب شمس الأئمة بأن الآدمي خلق مالكاً غير مملوك، وإنما عرض فيه المملوكية، وبالإعتاق يعود إلى ما كان، بخلاف ما سواه؛ لأنها خلقت لتتملك، فبالوقف لا تعود إلى أصل هو عدم المملوكية، بل إلى الحبس على ملكه، والتصدق بالمنفعة.

والجواب عن هذا الفرق: أن انتفاع العباد بالوقف غير المسجد، إنما هو بريعه وغلته على وجه البر والصدقة؛ لأن المقصود بالوقف كما اعترف هو به الصدقة الدائمة عن الواقف، ولو اقتضى دوام الصدقة دوام ملك الواقف لانقطعت الصدقة بانقطاع الملك، والملك ينقطع بموت الواقف، فلو انقطعت هي أيضاً لم تكن دائمة، وهذا خلاف ما قضت به الأحاديث الصحيحة، إلى هنا انتهت. أدلة الفريقين.

قال الكمال ـ رحمه الله ـ مرجِّحاً قول الصاحبين والجمهور: والحق ترجح.

قول عامة العلماء بلزومه؛ لأن الأحاديث والآثار متضافرة على ذلك قولاً، كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يباع ولا يورث» إلى آخره، وتكرر هذا في أحاديث كثيرة، واستمر عمل الأمة من الصحابة والتابعن ومن بعدهم على ذلك، أولها صدقة رسول الله ﷺ، ثم صدقة أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، (وسرد أسماء الصحابة الذين وقفوا) ثم قال: كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين كلها بروايات صحيحة، وتوارث الناس أجمعون ذلك، فلا تعارض بمثل حديث شريح (جاء محمد ببيع الحبس) على أن حديث شريح بيان نسخ ما كان عليه الجاهلية من الحام ونحوه؛ وبالجملة فلا يعد أن يكون إجماع الصحابة العملي، ومن بعدهم على خلاف قوله، فلذا ترجح خلافه اهـ.

ويعتذر عن الإمام أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ بما حكاه الطحاوي عن عيسى بن أبان قال: كان أبو يوسف يجيز بيع الوقف، فبلغه حديث عمر هذا، فقال: من سمع هذا عن ابن عوف، فحدثه به أبو علية، فقال: هذا لا يسع أحداً خلافه، ولو بلغ أبا حنيفة لقال به، فرجع عن بيع الوقف حتى صار كأنه لا خلاف فيه =

أما الأول، فنقول وبالله التوفيق: لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف حيًا، حتى أن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة، ولا خلاف أيضًا في جوازه في حق زوال ملك الرقبة إذا اتصل به قضاء القاضي، أو أضافه إلى ما بعد الموت؛ بأن قال: إذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وقفًا على كذا، أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي.

واختلفوا في جوازه مزيلاً لملك الرقبة إذا لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت، ولا اتصل به حكم حاكم.

قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: لا يجوز، حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته، وَإذا مات يصير ميراثًا لورثته.

وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء ـ رضي الله تعالى عنهم ـ يجوز؛ حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث.

ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما إذا وقف في حالة الصحة وبين ما إذا وقف في حالة المرض؛ حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعًا إذا لم توجد الإضافة ولا حكم الحاكم.

وروى الطحاوي عنه أنه إذا وقف في حالة المرض جاز عنده، ويعتبر من الثلث، ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته، وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض.

وعلى هذا الخلاف إذا بنى رباطًا أو خانًا للمجتازين، أو سقاية للمسلمين، أو جعل أرضه مقبرة ـ لا تزول رقبة هذه الأشياء عن ملكه عند أبي حنيفة، إلا إذا أضافه إلى ما بعد الموت أو حكم به حاكم.

وعندهما يزول بدون ذلك؛ لكن عند أبي يوسف بنفس القول، وعند محمد بواسطة التسليم؛ ذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة.

= اهـ. ولذا قال القرطبي رد الوقف مخالف للإجماع، فلا يلتفت إليه. وأيضاً من الثابت عن جميع الأئمة أن كل واحد منهم قال: إذا صح الحديث فهو مذهبي، ولذلك قال الحافظ ابن حجر: أحسن ما يعتذر به عن رد الوقف ما قال أبو يوسف، فإنه أعلم بأبي حنيفة من غيره. انتهى.

ينظر الأوقاف لشيخنا حنف، وينظر: تحرير التنبيه ص ٢٥٩، والمغرب ص ٤٩١، الهداية: ٣/ ١٣، مجمع الأنهر: ١/ ٧٣١، مغني المحتاج: ٢/ ٣٧٦، الشرح الصغير: ٥/ ٣٧٣، كشاف القناع: ٤/ ٢٤٠، الإقناع: ٢/ ٨١. نهاية المحتاج ٥/ ٣٥٨.

وَأَجْمَعُوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجدًا يجوز، وتزول الرقبة عن ملكه، لكن عزل الطريق وإفرازه والإذن للناس بالصلاة فيه، والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد؛ حتى كان له أن يرجع قبل ذلك، وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجدًا، وليس له أن يرجع عنه على ما نذكره.

وجه قول العامة الاقتداء ـ برسول الله ـ ﷺ ـ والخلفاء الراشدين[1] وعامة الصحابة ـ

---

(١) أصول الأحكام الشرعية أربعة: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس. والوقف وإن لم يرد به نص صريح في كتاب الله ولكن النبي ﷺ بيّنه لنا بالسنة الصريحة، التي لا تحتمل التأويل، فيلزمنا اتباعها عملاً بقوله تعالى: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ فقد اتفقوا على أن النبي ﷺ وقف سبع حوائط (بساتين).

وإن اختلفوا هل هي من أموال بني النضير أو المخيريق الذي قتل يوم أحد؟ وكان قد قال قبل وفاته: إن أصبت فأموال الرسول ﷺ يضعها حيث أراه الله. وهاك نص الرواية: . . .

قال الخصاف ما نصه: حدثنا أبو بكر أحمد بن عمرو قال: حدثنا محمد بن عمر الواقدي قال: أخبرنا صالح بن جعفر عن المسور بن رفاعة قال: قتل مخيريق على رأس اثنين وثلاثين شهراً من مهاجر رسول الله ﷺ ـ وأوصى إن أصبت فأموالي لرسول الله ﷺ فقبضها رسول الله ﷺ وتصدق بها.

وحدثني محمد بن بشير بن حميد عن أبيه قال: سمعت عمر بن عبد العزيز يقول في خلافته بـ«خناصرة» (في القاموس) بالضم بلد بالشام من عمل حلب سمعت بالمدينة والناس يومئذٍ بها كثير من مشيخة من المهاجرين والأنصار، أن حوائط رسول الله ﷺ السبعة التي وقف من أموال مخيريق، وقال: إن أصبت فأموالي إلى محمد يضعها حيث أراه الله، وقتل يوم أحد فقال رسول الله ﷺ: «مخيريق خير يهودي»، ثم دعا لنا بثمر منها، فأتى بثمر في طبق فقال كتب إلى أبي بكر بن حزم يخبرني أن هذا الثمر من الغدق [في المصباح الغدق بالفتح مثل فلس النخلة نفسها وبالكسر مثل حمل الكباسة وهو جامع الشماريخ] الذي كان على عهد رسول الله ﷺ وكان رسول الله ﷺ يأكل منها، فقلت: يا أمير المؤمنين فاقسمه بيننا، فقسمه، فأصاب كل واحد منا تسع ثمرات.

وقال عمر بن عبد العزيز: فدخلتها إذ كنت والياً بالمدينة، وأكلت من هذه النخلة ولم أر مثلها من الثمر أطيب منها ولا أعذب.

ويروى عن ابن كعب القرظي قال: كانت الحبس على عهد رسول الله ﷺ سبعة حوائط بالمدينة الأعراف، الصافية، الدلال، الميثب، برقى، حسنى، مشرب أم إبراهيم. قال كعب: وقد حبس المسلمون بعده على أولادهم وأولاد أولادهم ولم ينكر عليهم أحد اهـ بعد كلام طويل.

وحدثني أسامة عن الزهريّ عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ـ قال: كان لرسول الله ﷺ ثلاث صفايا، وكانت بنو النضير حبساً النوائبه، وكانت لابن السبيل، وكانت خيبر قد جزءها ثلاثة أجزاء، فجزآن للمسلمين، وجزء كان ينفق منه على أهله، فإن فضل رده على فقراء المهاجرين.

وهناك آثار كثيرة ذكرها الخصاف وغيره تدل على وقف رسول الله ﷺ لم نذكرها خوفاً من التطويل، ويكفر فلا ثبات ما ذكرنا.

ورُوي أن أبا بكر رضي الله تعالى عنه حبس رباعاً كانت له بمكة، وتركها فلا يعلم أنها ورثت عنه، ولكن=

رضوان الله تعالى عليهم - أجمعين - فإنه روي أن رسول الله - ﷺ - وقف ووقف سيدنا أبو بكر، وسيدنا عمر، وسيدنا عثمان، وسيدنا علي؛ وغيرهم - رضي الله عنهم - وأكثر الصحابة وقفوا؛ ولأن الوقف ليس إلا إزالة الملك عن الموقوف وجعله لله - تعالى - خالصًا، فأشبه الإعتاق، وجعل الأرض أو الدار مسجدًا.

والدليل عليه أنه يصح مضافًا إلى ما بعد الموت، فيصح منجزًا؛ وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز، وغير الجائز لا يحتمل الجواز، لقضاء القاضي.

ولأبي حنيفة - عليه الرحمة - ما روي عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أَنَّهُ قَالَ: لَمَّا نَزَلَتْ سُورَةُ النِّسَاءِ وَفُرِضَتْ فِيهَا الفَرَائِضُ، قَالَ رَسُولُ الله - صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «لاَ حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَى»[1] أي: لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين

= يسكنها من حضر من ولده، وولد ولده، ونسله بمكة، ولم يتوارثوها، فإما أن تكون عندهم صدقة موقوفة، وإمّا أن يكونوا تركوها على ما تركها أبو بكر، وكرهوا مخالفة فعله فيها، فهذا عندنا شبيه بالوقف، وهذه الرباع مشهورة بمكة.

وحدثنا محمد بن عمر الواقدي الأسلمي قال: حدثنا ابن أذينة عن عبد الرحمن بن أبان بن عثمان وكان يلي صدقه عثمان بن عفان، فيبيع من رقيق صدقه عثمان من لا خير فيه ويبتاع بها، ورأيت غلاماً من الصدقة، قد جنى على رجل فدفعه بالجناية، لأن قيمته كانت أقل من الجناية، وهناك غير ذلك.

وحدثنا محمد بن عمر الواقدي قال: حدثنا سليمان بن بلال وعبد العزيز بن محمد عن أبيه عن ابن أبي طالب كرم الله وجهه؛ أن عمر بن الخطاب قطع لعلي ينبع بها عيون ونخيل وزرع بطريق حاج مصر، ثم اشترى علي إلى قطيعته التي قطعها عمر أشياء، فحضر فيها عيناً، فبينما هم يعملون إذ انفجر عليهم مثل عنق الجزر من الماء، فأتى علياً فبشر بذلك، فقال علي: «بشروا الوارث»، ثم تصدق بها على الفقراء والمساكين في سبيل الله، وابن السبيل القريب والبعيد، في السلم والحرب، يوم تبيض وجوه وتسود وجوه، ليصرف الله النار عن وجهه بها ويبلغ في زمن ألف.

وحدثنا محمد بن عمر الواقدي قال: حدثنا ابن أبي الزناد عن هشام بن عروة عن أبيه عن الزبير بن العوام أنه جعل دوره على بنيه لاتباع، ولا توهب ولا تورث وأن للمردودة من نباته أن تسكن غير مضرة، ولا مضر بها، فإذا استغنت بزوج فليس لها حق.

وهناك كثير من الآثار تدل على أوقاف الصحابة والتابعين ومن بعدهم، وهذا كله كاف في الرد على الناقمين على الأوقاف.

ينظر الوقف لشيخنا عبد الفتاح عيسوي.

(١) أخرجه الدارقطني (٤/٦٨) في كتاب الفرائض والسير وغير ذلك، حديث (٤٢٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٩٦ - ٩٧) والطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٦٥) (١٢٠٣٣) والبيهقي (٦/ ١٦٢) كتاب «الوقف» باب: «من قال: لا حبس عن فرائض الله عز وجل».

كلهم من طريق ابن لهيعة عن أخيه عيسى بن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنه - . . . . فذكره.

قال الدارقطني: لم يسنده غير ابن لهيعة، عن أخيه عيسى بن لهيعة وهما ضعيفان.

قال الهيثمي في «المجمع» (٧/ ٥): رواه الطبراني وفيه عيسى بن لهيعة وهو ضعيف.

ورثته، والوقف حبس عن فرائض الله ـ تعالى، عزَّ شأنه ـ فكان منفيًا شرعًا.

وعن شريح أنه قال: جاء محمد ببيع الحبيس، وهذا منه رواية عن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه يجوز بيع الموقوف؛ لأن الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول إذ الوقف حبس لغة، فكان الموقوف محبوسًا فيجوز بيعه، وبه تبين أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف.

وأما وقف رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فإنما جاز؛ لأن المانع من وقوعه حبسًا عن فرائض الله ـ عزَّ وجلَّ ـ ودفعه ﷺ ـ لَمْ يَقَعْ حبسًا عن فرائض الله تعالى؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «إنَّا ـ مَعَاشِرَ الأَنْبِيَاءِ ـ لاَ نُورَثُ؛ مَا تَرَكْنَا صَدَقَةٌ»[1].

وأما أوقاف الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فما كان منها في زمن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء ـ فلم تقع حبسًا عن فرائض الله تعالى، وما كان بعد وفاته ـ عليه الصلاة والسلام ـ فاحتمل أن ورثتهم أمضوها بالإجازة، وهذا هو الظاهر، ولا كلام فيه، وإنما جاز مضافًا إلى ما بعد الموت؛ لأنه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية، فيجوز كسائر الوصايا، لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية.

ألا ترى لو أوصى بثلث ماله للفقراء جاز، ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز.

وأما إذا حكم به حاكم، فإنما جاز، لأن حكمه صادف محل الاجتهاد، وأفضى اجتهاده إليه، وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى إليه اجتهاده جائز؛ كما في سائر المجتهدات.

فصل في شروط الجواز

وأما شرائط[2] الجواز فأنواع: بعضها يرجع إلى الواقف.

وبعضها يرجع إلى نفس الوقف.

وبعضها يرجع الموقوف.

---

(١) تقدم.

(٢) جمع شرط والشرط لغة العلامة وفي الاصطلاح: ما توقفت عليه صحة الشيء، وكان غير جزء من حقيقته.. (من تصفح الكتب يجد أن الفقهاء اشترطت شروطاً لصحة الوقف ولزومه، أوصلها بعضهم «كالبحر» إلى أحد عشر شرطاً.

أما الذي يرجع إلى الواقف فأنواعٌ: منها العقل، ومنها البلوغ، فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون؛ لأن الوقف من التصرفات الضارة؛ لكونه إزالة الملك بغير عوض، والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة، ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والإعتاق ونحو ذلك.

ومنها: الحرية[1]، فلا يملكه العبد؛ لأنه إزالة الملك، والعبد ليس من أهل الملك، وسواء كان مأذونًا أو محجورًا[2]؛ لأن هذا ليس من باب التجارة، ولا من ضرورات التجارة، فلا يملكه المأذون؛ كما لا يملك الصدقة والهبة والإعتاق.

---

(١) وينبغي على اشتراط الحرية أن وقف الرقيق غير نافذ، ولو كان مأذوناً له في التجارة، وذلك لتعلق حق السيد، وهذا إذا لم يأذن له المولى، أمّا إذا أذن له مولاه، وكان غير مستغرق بالدين فيصح فيما زاد على الدين.

أما إذا كان مستغرقاً وأذن له المولى لا يصح؛ لتعلق حق الغرماء، حتى قال صاحب «الإسعاف» لو أذن السيد والغرماء لا يصح أيضاً.

والذي يظهر أن قول «الإسعاف» فيه شيء؛ لأن العبد منع من هذا التصرف لأمرين:

الأول: تعلق حق السيد في وجوب الاستئذان.

الثاني: تعلق حق الغرماء.

فإذا أذنوا سقط حقهم، وارتفع ما كان متحققاً، وهو عدم الجوز.

ويمكن أن يقال: إن عدم صحة وقف العبد راجعه إلى عدم ملكيته...

ويشترط أن يكون الموقوف مملوكاً للواقف وقت وقفه كما سيأتي، والعبد وما ملكت يداه ملك لسيده، فحينئذٍ يرجع إلى اشتراط المملوكية في الوقف.

(٢) وباشتراط عدم الحجر للسفه يعلم أن وقف السفيه غير صحيح، ذلك لأن الحجر للسفيه يبطل التصرفات الضارة، ولا شك أن الوقف ضار به؛ لأنه تبرع وهو لا يملكه ثم قال الكمال ابن الهمام: إنه إذا وقف على نفسه مدة حياته ومن بعده على ذريته ما بقيت، وبعد انقراضهم يصرف لجهة خيرية، يكون الوقف صحيحاً، وهو كلام وجيه؛ لأننا إذا نظرنا إلى الغرض من الحجر للسفه، نجده للمحافظة على أمواله، حتى لا يصبح عالة على غيره، وفي وقف هذا حفظ أمواله من الضياع، مع استيفاء منفعته له ولذريته...

ولكن قال صاحب «البحر»: إن وقفه غير صحيح، وعلّل ذلك بأن الوقف تبرع، وهو ليس من أهله، فلا يجوز مطلقاً، ويمكن الرد عليه بما قلنا. وقد قال ابن عابدين: إن عدم أهلية السفيه للتبرع تكون قاصرة على الغير، أما على نفسه فلا...

ولعل من قال بالصحة يريد أنه صحيح إذا أذن القاضي، ومن قال بعدمها يريد أن الصحة تتوقف على الإذن، كما في المميز، فيكون الخلاف لفظياً...

وينبني على اشتراط عدم الحجر للدين أن وقف المحجور عليه للدين غير صحيح، وذلك لأن حق الغرماء تعلق به، وينبغي أن يكون هذا إذا كان الدّين مستغرقاً، فإن لم يكن مستغرقاً صح فيما زاد على الدّين، لعدم لحاق ضرر بالغرماء حينئذٍ...

والحاصل أن المدين إما أن يكون محجوراً عليه أم لا؛ فإذا كان محجوراً عليه فلا يخلو حاله من أمرين: إما أن يكون مستغرقاً بالدّين، بألا يزيد ماله عن دينه، وإما أن لا يكون مستغرقاً، ففي الصورة الأولى لا =

ومنها أن يخرجه الواقف من يده ويجعل له قيمًا ويسلمه إليه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط، واحتج بما روي أن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ وقف وكان يتولى أَمْرَ وقفه بنفسه، وكان في يده.

وروي عن سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ أنه كان يفعل كذلك؛ ولأن هذا إزالة الملك لا إلى حد، فلا يشترط فيه التسليم كالإعتاق.

ولهما أن الوقف إخراج المال عن الملك على وجه الصدقة، فلا يصح بدون التسليم، كسائر التصرفات.

وأما وقف سيدنا عمر وسيدنا عليٍّ ـ رضي الله عنهما ـ فاحتمل أنهما أخرجاه عن أيديهما وسلماه إلى المتولي بعد ذلك، فصح؛ كمن وهب من آخر شيئًا أو تصدق أو لم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة، ثم سلم، صح التسليم؛ كذا هذا.

= يصح وقفه؛ لتعلق حق الغرماء بجميع ماله، وأما في الصورة الثانية فوقفه صحيح فيما زاد على الدّين، لأنه لم يظهر أثر للحجر في الزائد؛ لأن الحجر لحق الغرماء، ولا حق لهم في الزائد، فلا حجر عليه فيه؛ لأنه لا ضرر يلحق الغرماء في وقف الزائد، ومثله المدين غير المحجور عليه إذا وقف في مرض موته فإن كان الدّين مستغرقاً لا يصح وقفه، والأصح فيما زاد ولكن بشرط أن يخرج من الثلث.

وهل المال الذي يتجدد بعد الحجز يظهر أثر الحجر فيه؛ بحيث لا يصح له أن يتصرف فيه بوقف أو غيره؟

قالوا: لا يظهر أثر الحجر فيه؛ لأن الحجر حصل بالنسبة للمال الأول، أما الجديد غير المحجور عليه فوقفه صحيح، سواء كان على نفسه أو غيره، وسواء اشترط سداد الدين من غلته أم لا، وهذا قدر متفق عليه بين العلماء...

ولكن اختلفوا في أنه هل للغرماء طلب نقض الوقف في الموقوف كله أو فيما يفي بالدين منه أم ليس لهم ذلك؟ معظم الكاتبين على أنهم ليس لهم ذلك، ولو قصد المدين بالوقف الهروب من الدين، وعللوا ذلك بأن حقهم لم يتعلق بالعين في حال صحته، وإنما تعلق بذمته، وهي باقية؛ لأن الدين وصف ثابت في الذمة، لكن إن وقف على نفسه، وشرط وفاء دينه من غلة الوقف اتبع شرطه، وإن لم يشرط يوفى الدين من فاضل الغلة بعد إعطائه منها ما يكفيه بلا إسراف لبقاء الغلة على ملكه، وإن وقف على غيره فغلته جميعها للموقوف عليه خاصة، وهذا ما عليه معظم المؤلفين كما قلنا... ولكن في «الدر المختار» عن المفتي أبي السعود أن وقف المدين لا يصح ولا يلزم، والقضاة ممنوعون من الحكم، وتسجيل الوقف بمقدار ما شغل بالدين، وللدائنين الحق في طلب نقض الوقف في الموقوف، بقدر ما يفي ديونهم، فإن لم يقبل الواقف نفذ عليه القاضي جبراً بعد أمن بالبيع والسداد، وهذا هو الراجح من المذهب وعليه العمل.

وبالتأمل يرى أن هذا موافق لأسلوب الشريعة الغراء، التي تحافظ على الحقوق كل المحافظة، وتحزم كل طريق بوادي لضياعها، ولو قلنا بعدم صحة نقض الوقف لضاع كثير من الحقوق، إذ المدينون يتخذون ذلك وسيلة لضياع حقوق الدائنين. ينظر الوقف لشيخنا عبد الفتاح عيسوي.

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيمًا ويسلمه إليه، وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان وَإقامة بإذنه؛ كذا ذكر القاضي في «شرح الطحاوي».

وذكر القدوري ـ رحمه الله ـ في شرحه أنه إذا أذن للناس الصلاة فيه فصلى واحد، كان تسليماً، ويزول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ، وهل يشترط أن لا يشرط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئًا؟ عند أبي يوسف: ليس بشرط، وعند محمد: شرط.

وجه قول محمد أن هذا إخراج المال إلى الله تعالى وجعله خالصًا له، وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الإخلاص فيمنع جواز الوقف؛ كما إذا جعل أرضه أو داره مسجدًا وشرط من منافع ذلك لنفسه شيئًا؛ وكما لو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه؛ لأبي يوسف ما روي عن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه وقف وشرط في وقفه، لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف، وكان يلي أمر وقفه بنفسه.

وعن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ أن الواقف إذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه إلى ما هو أفضل منه يجوز؛ لأن شرط البيع لا ينافيه الوقف؛ ألا ترى / أنه يباع باب المسجد إذا خلق وشجر الوقف إذا يبس.

ومنها: أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدًا عند أبي حنيفة ومحمد، فإن لم يذكر ذلك لم يصح عندهما، وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط، بل يصح، وَإن سمى جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وَإن لم يسمهم.

وجه قول أبي يوسف أنه ثبت الوقف عن رسول الله ـ ﷺ ـ وعن الصحابة، ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكرًا وتسمية؛ ولأن قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وَإن لم يسمهم، هو في الظاهر من حاله، فكان تسمية هذا الشرط ثابتاً دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً ولهما أن التأبيد شرط جواز الوقف؛ لما نذكر، وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى، فيمنع الجواز.

---

(١) الشروط ثلاثة أنواع؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون الشرط مؤثراً على أصل الوقف أولاً.
والثاني: إما أن يكون مفوتاً لمصلحة الوقف، أو مخالفاً لحكم الشرع، أولاً.
والمعتبر من شروط الواقفين هو الثالث، وهو ما لم يكن مفوتاً لمصلحة الوقف، ولا مخالفاً لحكم الشرع.
أما الأول فغير معتبر، بل يبطل الوقف والشرط معاً.
وكذلك الثاني غير معتبر فيلغو، لكن يصح الوقف، فقولهم شرط الواقف. كنص الشارع في الفهم والدلالة، ووجوب العمل ليس على إطلاقه، بل مخصوص بالنوع الثالث، وهو ما لم يكن مفوتاً، ولا مخالفاً.

وأما الذي يرجع إلى نفس الوقف فهو التأبيد، وهو أن يكون مؤبدًا؛ حتى لو وقت لم يجز؛ لأنه إزالة الملك لا إلى حد، فلا تحتمل التوقيت كالإعتاق وجعل الدار مَسْجدًا.

فصل فيما يرجع إلى الموقوف

وأما الذي يرجع إلى الموقوف فأنواعٌ:

منها: أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه، فلا يجوز وقف المنقول[1]

---

(١) المنقول مما لا يتأبد، وشرط الوقف التأبيد، فلا يصح وقفه استقلالاً قياساً، لكن ترك القياس لأمرين. ورود النص بوقفه، وجريان التعامل بوقفه، ويمكن حصر أقسامه فيما يأتي:

١ ـ ما ورد نص بوقفه.

٢ ـ ما جرى التعامل بوقفه.

٣ ـ ما لم يرد فيه نص، ولم يجر به تعامل، فأما ما ورد النص بوقفه، فوقفه صحيح بالاتفاق بين الصاحبين، ويترك القياس بالنص، وذلك كوقف السلاح والكراع استقلالاً، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه في الصحيحين: (بعث النبي ﷺ عمر بن الخطاب على الصدقات، فمنع ابن جميل، وخالد بن الوليد والعباس، فقال رسول الله ﷺ: «ما ينقم ابن جميل إلا إن كان فقيراً فأغناه الله، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً، وقد احتبس أدراعه واعتده في سبيل الله، وأما العباس عم رسول الله ﷺ ـ فهي علي ومثلها، ثم قال: أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه».

ولما روي أن أم معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله: إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله، وإني أريد الحج، أفأركبه؟ فقال النبي ﷺ: اركبيه، فإن الحج والعمرة في سبيل الله.

وأما ما جرى التعامل بوقفه، فمنع أبو يوسف وقفه؛ لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد في الكراع والسلاح، فيقتصر عليه، وأجازه محمد لأن التعامل يترك القياس به أيضاً، كما في الاستصناع لحديث (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) رواه أحمد في كتاب السنة كما في حاشية ابن عابدين، والتعامل هو الأكثر استعمالاً كما في «البحر عن التحرير» والظاهر اعتبار العرف في الموضع أو الزمان الذي اشتهر فيه دون غيره اهـ منها ومثل للمنقول المتعارف وقفه بالفأس، والقدوم، والمنشار، والجنازة وثيابها والقدور.

ومما جرى التعامل بوقفه وقف المصاحف، والكتب على المساجد والمدارس، وطلبة العلم، فإن وقف مصحفاً للقراءة في مسجد معين، جاز للغني والفقير من أهل هذا المسجد أن يقرأ فيه، ولا يجوز نقله منه إلا إذا تخرب المسجد، وانفض الناس من حوله، لكن قال في «الفتح»: وإن وقف على المسجد جاز، ويقرأ في ذلك المسجد، وفي موضع آخر، ولا يكون مقتصراً على هذا المسجد، وإن وقف كتبه على مدرسة بعينها، وأعدلها خزانة بها كان الانتفاع بها قاصراً على أهل هذه المدرسة، وليس لهم ولا لغيرهم نقلها من محلها، وكذلك إن وقفها على مستحقي الوقف، لا يجوز لهم نقلها من محلها، وإن عمم في وقفه للكتب، بأن وقفها على طلبة العلم، وعين لها مكاناً، وضعها فيه، فلكل طالب علم أن ينتفع بها، فقيراً كان أو غنياً، لاستوائهما في الحاجة إلى الانتفاع بالكتب، إذ ليس كل غني يجد كل كتاب، خصوصاً في وقت الحاجة، لكن إن شرط الواقف ألا تخرج من ذلك المكان، صح، واتبع شرطه، وإن=

....

= لم يشرط فقد تردد بعضهم في جواز النقل، والأقرب جواز إعارتها لمن لا يخشى منه الضياع من الطلاب، لينتفع بها، ثم يردها إلى مكانها.
ويد المستعير يد أمانة فلا يضمن ما تلفت في يده إلا بالتعدي، أو بالتفريط، وإن شرط واقف الكتب ألا تعار إلا بتذكرة صح شرطه، واتبع؛ لأن فيه منفعة للوقف.
وإن شرط ألا يخرج إلا برهن لا يصح شرطه؛ لأنها في يد المستعير أمانة، والرهن بالأمانات باطل، وإذا أخذ خازن الكتب الرهن، فهلك في يده، لا ضمان عليه؛ لأن الرهن الباطل أمانة في يد المرتهن.
وكذلك يجوز وقف البناء والشجر بدون الأرض عند «محمد» لجريان العرف بذلك، لكن يشترط لصحة وقفهما أن يكونا في أرض موقوفة، سواء كان واقف البناء هو الواقف لها أو غيره، حتى يتحقق التأبيد، فلو كانت الأرض مملوكة لواقف البناء أو لغيره، وهي في يده بطريق العارية، أو الاستئجار، لا يصح الوقف، لانتفاء التأبيد بخروج الأرض عن ملك الواقف بعد موته، وطلب الورثة نقض البناء، وقلع الشجر من الأرض المملوكة لهم، وباحتمال طلب المالك نقض البناء، وقلع الشجر من أرضه بعد استرداد العارية، وانتهاء مدة الإجارة، أو فسخها، ولا يتعين على الصحيح وقفها على الجهة التي وقفت عليها الأرض، بل يصح للمحتكر أن يبني بإذن المتولي، أو يغرس في أرض الحكر، ثم يقف ذلك البناء أو الغرس على نفسه، ثم للفقراء، كما يصح أحد يقفها على الجهة التي وقفت عليها الأرض.
وأما ما لم يرد فيه نص، ولم يجر به تعامل، فلا يجوز وقفه عندنا بالاتفاق.
وقال الشافعي رحمه الله: «كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله، ويجوز بيعه يجوز وقفه؛ لأنه يمكن الانتفاع به، فأشبه العقار، والكراع، والسلاح، وأما ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب، والفضة أي الدراهم والدنانير، وما ليس بحليّ، والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز في قول عامة الفقهاء.
وأما الحلي فيصح وقفه عند الشافعي، لأن حفصة رضي الله عنها ابتاعت حلياً بعشرين ألفاً، فحبسته على نساء آل الخطاب، فكانت لا تخرج زكاته، ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد، ولا بد في الوقف من التأبيد، ولا يتأبد غير العقار، غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنام الدين، فكان معنى القربة في الكراع والسلاح أقوى، فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما، ولا يلحق دلالة أيضاً؛ لأنه ليس في معناهما، ولأنه لا معارض من حيث السمع، ولا من حيث التعامل، فبقي على أصل القياس، فلا يصح وقفه، ثم إن بعض المشايخ زاد من المنقول، لما رأوا جريان التعامل بوقفه، ففي «الخلاصة» وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل قاله إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم، رجوت أن يكون جائزاً، وفي فتاوى «الناطفي» عن محمد بن عبد الله الأنصاري من أصحاب زفر رحمه الله ـ أنه يجوز وقف الدراهم، والطعام، والمكيل، والموزون، فقيل له: وكيف يصنع بالدراهم؟ قال يدفعها مضاربة، ويتصدق بالفضل.
وقيل على هذا: ينبغي أن يجوز إذا قال: وقفت هذا الكُرّ على أن يقرض لمن لا بذر له من الفقراء، فيدفع لهم، ويبذرونه، فإذا حصدوا يؤخذ ويقرض لغيرهم، وهكذا دائماً، وكذا أسترة الموتى، والأكسية، إذا وقفت صدقة جاز، فتدفع للفقراء، فينتفعون بها في أوقات لبسها. ولو وقف ثوراً لإنزاء بقرهم لا يصح؛ لأنه ليس بقربة.
وفي «الخلاصة» يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط، وغير ذلك من الفروع.
ينظر الأوقاف لشيخنا حنف.

مقصودًا؛ لما ذكرنا أن التأبيد شرط جوازه، ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك، فلا يجوز وقفه مقصودًا، إلا إذا كان تبعًا للعقار؛ بأن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده، فيجوز؛ كذا قاله أبو يوسف.

وجوازه تبعًا لغيره لا يدل على جوازه مقصودًا؛ كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق أنه لا يجوز مقصودًا، ويجوز تبعًا للأرض والدار، وإن كان شيئًا جرت العادة بوقفه؛ كوقف المر والقدوم لحفر القبور، ووقف المرجل لتسخين الماء، ووقف الجنازة وثيابها.

ولو وقف أشجارًا قائمة، فالقياس ألا يجوز؛ لأنه وقف المنقول، وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك، وما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن.

ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله - تعالى - عند أبي حنيفة؛ لأنه منقول وما جرت العادة به، وعند أبي يوسف ومحمد يجوزُ، ويجوز عندهما بيع ما هرم منها، أو صار بحالٍ لا ينتفع به، فيباع ويرد ثمنه في مثله؛ كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص، وهو ما روي عن النبي - عليه الصلاة والسلام - أنه قال: «أَمَّا خَالِدٌ فَقَدِ ٱحْتَبَسَ أَكْرَاعًا وَأَفْرَاسًا فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَىٰ»[1] ولا حجة لهما في الحديث؛ لأنه ليس فيه أنه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه، أي: أمسكه للجهاد لا للتجارة.

وأما وقف الكتب، فلا يجوز على أصل أبي حنيفة، وأما على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه، وحكي عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة.

ومنها: أن يكون الموقوف مقسومًا عند محمد، فلا يجوز وقف المشاع، وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط، ويجوز، مقسومًا كان أو مشاعًا؛ لأن التسليم شرط الجواز عند محمد، والشيوع يخل بالقبض والتسليم، وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلاً، فلا يكون الخلل فيه مانعًا، وقد روي عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - أنه ملك مائة سهم بـ«خيبر»، فقال له رسولُ الله - ﷺ -: «ٱحْبِسْ أَصْلَهَا»[2] فَدَلَّ على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف.

وجواب محمد - رحمه الله - يحتمل أنه وقف مائة سهم قبل القسمة، ويحتمل أنه

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه النسائي ٦/ ٢٣٢ في الأحباس، باب حبس في المشاع، وابن ماجه ٢/ ٨٠١ في الصدقات، حديث رقم (٢٣٩٧): والشافعي ٢/ ١٣٨ (٤٥٧ مسنده) وأحمد ٢/ ١١٤، ١٥٦ - ١٥٧: والدارقطني ٤/ ١٨٦ - ١٨٧- ١٩٣، والبيهقي ٦/ ١٦٢ من طريق نافع عن ابن عمر عن عمر به.

بعدها، فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال، على أنه إن ثبت أن الوقف كان قبل القسمة، فيحمل أنه وقفها شائعاً ثم قسم وسلم، وقد روي أنه فعل كذلك؛ وذلك جائز؛ كما لو وهب مشاعًا ثم قسم وسلم[1].

(١) المشاع إما أن يحتمل القسمة أوْلاً، وكل منهما إما أن يكون مسجداً، أو مقبرة، أو غيرهما، فإن كان يحتمل القسمة، وكان مسجداً، أو مقبرة، فلا يجوز وقفه بالاتفاق بين الصاحبين؛ لأن الشيوع فيهما يمنع الخلوص لله تعالى، ولأن المهايأة فيهما في غاية القبح، وذلك لأنه يصلي في المسجد سنة، ويتخذ اصطبلاً سنة أخرى، ويدفن في المقبرة سنة، وتزرع أخرى.

وإن كان غير المسجد والمقبرة، فأجاز أبو يوسف وقفه، ومنعه محمد، والخلاف هنا مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف وعدمه، فلما شرطه محمد قال بعدم صحة وقف المشاع؛ لأن القسمة من تمام القبض، والقبض واجب، فكذا ما يتم به وهو القسمة، فلا يصح وقفه، ولما لم يكن شرطاً عند أبي يوسف، فكذا ما يتم به وهو القسمة، لا يكون شرطاً أيضاً، فيصح وقفه، فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ، وهم مشايخ «بلخ» أخذ بقوله في هذه، ومن أخذ بقول محمد في اشتراط التسليم، وهم مشايخ «بخارى» أخذ بقوله هنا.

وإن كان لا يحتمل القسمة، وكان مسجداً، أو مقبرة، فلا يجوز وقفه بالاتفاق أيضاً للدليل السابق، وإن كان غير المسجد والمقبرة، فإنه يصح وقفه بالاتفاق، فأما أبو يوسف فعلى أصله من جواز وقف المشاع مطلقاً، احتمل القسمة أولاً، إلا في المسجد والمقبرة كما سبق، وأما محمد فقد خالف أصله فيما لا يحتمل القسمة؛ لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع، وذلك كالبيت الصغير، والحمام، فاكتفى بتحقق التسليم في الجملة، ثم فيما يحتمل القسمة إذا وقف الكل، ثم استحق جزء منه شائعاً، بطل الوقف في الباقي عند محمد، لأنه بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارناً للوقف، وإذا بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حياً، وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته، وليس على الواقف أن يبيع ذلك الباقي، ويشتري بثمنه ما يجعله وقفاً، ولو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض، وكان قد وقف الكل في مرضه لا يبطل الوقف؛ لأن الشيوع حينئذٍ طارىء، وكذا لو استحق جزءاً معيناً لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع، فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط، ولو كانت الأرض بين رجلين، فتصدقا بها جملة صدقة موقوفة على المساكين مثلاً، ودفعاها معاً إلى قيم واحد جاز اتفاقاً؛ لأن المانع من الجواز عند محمد هو الشيوع وقت القبض، لا وقت العقد، ولم يوجد هنا لوجودهما معاً منهما.

ولو وقف كل منهما نصيبه على جهة، وجعلا القيم واحداً، وسلماه معاً جاز اتفاقاً لعدم الشيوع وقت القبض.

ولو اختلفا في وقفيهما جهة وقيماً، واتحد زمان تسليمهما لهما، أو قال كل واحد منهما لقيمه: «اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي» جاز أيضاً اتفاقاً؛ لأنهما صارا كمتول واحد، بخلاف ما لو وقف كل وقفه وحده، وسلمه لقيمه وحده، فإنه لا يصح الوقف عند محمد، لوجود الشيوع وقت العقد، وتمكنه وقت القبض.

وإذا صحّ وقف المشاع عند أبي يوسف، فتجوز المقاسمة فيه، وإنما صحت القسمة مع أن الوقف لا يصح بيعه، ولا تمليكه؛ لأنها تمييز وإفراز، غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة، إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز؛ نظراً للوقف، فلم تكن بيعاً وتمليكاً. =

....

= وعليه فلو وقف أحد الشريكين حصته من أرض جاز، وإذا اقتسماها بعد ذلك فما وقع في نصيب الواقف كان وقفاً، ولا يحتاج إلى إعادة الوقف فيه، وإن وقفه ثانياً كان أحوط، لارتفاع الخلاف حينئذٍ، كما يرتفع بقضاء القاضي إذا حكم بجوازه.

ولو وقف نصف أرضه مثلاً، وأراد أن يقسم حصة الوقف ويفرزها، جاز له أحد أمرين:

إما أن يرفع الأمر إلى القاضي، فيعين القاضي رجلاً ليقاسمه، أو يبيعه، أي النصف الباقي المملوك، ثم يقاسم المشتري، ثم يشتريه ثانياً، وليس له أن يقاسم نفسه؛ لأنها مأخوذة من المفاعلة، فتقتضي المشاركة بين اثنين فما فوقهما.

ولو وقف أحدِ الشريكين نصيبه من دور وأراض، ثم أراد القسمة، فقسم القاضي، وجمع الوقف في أرض أو دار واحدة جاز عند أبي يوسف ومحمد، واختاره هلال، كما لو كان لهما داران، وطلبا القسمة؛ فجمع القاضي نصيب أحدهما في دار، ونصيب الآخر في دار جاز ذلك، فكذا هنا إلا أن ثمة - أي في الملك - يجوز سواء كان في مصر واحد أو مصرين، وها هنا في الوقف يجمع إذا كانا في مصر واحد لا مصرين، وعلى قول أبي حنيفة يقسم القاضي كل واحدة على حدة، إلا أنه يرى الصلاح في الجمع، فحينئذٍ يجمع الوقف كله في أرض أو دار واحدة، فيصير عند جمع القاضي في الحكم، كأن الشريكين اقتسما بأنفسهما، وذلك جائز.

ولو اقتسم الشريكان وأدخلا في القسمة دراهم معلومة لتحقيق المعادلة بين الحصتين، فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف لا يصح؛ لأنه يكون بائعاً بعض الوقف، وذلك لا يجوز، إلا إذا شرط لنفسه الاستبدال، فحينئذٍ يصح، ويلزمه أن يشتري بالدراهم عقاراً ليكون وقفاً، وإن كان الآخذ للدراهم هو الشريك صح، وكان ما يقابل هذه الدراهم من العقار ملكاً للواقف، والباقي وقفاً، إن كانت حصة الشريك أقل مساحة من الحصة التي أخذها الواقف، لظهور أن الدراهم التي دفعها الواقف. إنما هي في الزيادة التي أخذها من حصة الشريك، فإن لم تكن أقل بأن كانت مساوية لها في المساحة أو أكثر منها، ولكن دفع الواقف الدراهم تحقيقاً للمعادلة بين الحصتين؛ لأن ما أخذه أجود، كانت الحصة كلها وقفاً، ويعتبر الواقف كأنه اشترى بدراهمه شيئاً من حصة شريكه ووقفه، ولو وقف المالك عشرة أذرع شائعاً من أرض، فقاسم، فوقع نصيب الوقف أقل من ذلك لجودة الأرض التي وقعت للوقف، أو وقع نصيب الوقف أكثر لكونها دون القطعة الأخرى في الجودة جاز؛ لأن مثل هذه القسمة تجوز في الملك، فكذا في الوقف إذا كان فيه صلاح للوقف لتحقيق المعادلة.

ولو أراد الواقفان أن يقتسما ما وقفاه، ليتولى كل واحد على وقفه، ويصرف غلة فيما سمى من الوجوه جاز، وتجوز المقاسمة مع وكيل الواقف ووصيه، ولو وقف نصف أرضه على جهة معينة، وجعل الولاية عليه لزيد في حياته، وبعد مماته ثم وقف النصف الآخر على تلك الجهة أو غيرها، وجعل الولاية عليه لعمرو في حياته وبعد مماته، يجوز لهما أن يقتسماها، ويأخذ كل واحد منهما النصف، فيكون في يده؛ لأنه لما وقف كل نصف على حدة صارا وقفين، وإن اتحدت الجهة، كما لو كانت لشريكين فوقفاها كذلك.

وإذا قضى قاض بوقف المشاع، ونفذ قضاؤه، وصار متفقاً عليه كسائر المختلفات، وطلب بعضهم القسمة، فعند الإمام أبي حنيفة لا يقسم ويتهايؤون، وعندهما يقسم إذا كان بين الواقف والمالك، وأجمعوا أن الكل لو كان موقوفاً على الأرباب، فأرادوا القسمة لا يقسم، بل يتهايؤون. =

فصل في حكم الوقف المباشر وما يتصل به

وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به، فالوقف إذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك، فحكمه أنه يزول الموقوف عن ملك الواقف، ولا يدخل في ملك الموقوف عليه، لكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه؛ لأن الوقف حبس الأصل وتصدق بالفرع، والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن، والواجب أن يبدأ بصرف الفرع إلى مصالح الوقف من عمارتِهِ، وإصلاح ما وهى من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها، سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشرط؛ لأن الوقف صدقة جارية في سبيل الله تعالى، ولا تجري إلا بهذا الطريق، ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى؛ لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «الخَرَاج بِالضَّمَانِ» كالعبد الموصي بخدمته أن نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا؛ كذا هذا، فإن امتنع من العمارة ولم يقدر عليهما؛ بأن كان فقيرًا آجرها القاضي وعمرها بالأجرة؛ لأن استبقاءه الوقف واجب، ولا يبقى إلا بالعمارة، فإذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالإجارة؛ كالعبد والدابة إذا امتنع صاحبها عن الإنفاق عليها، أنفق القاضي عليها بالإجارة؛ كذا هذا.

وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه، وَإن استغنى عنه أمسكه إلى وقت الحاجة إلى عمارته، فيصرفه فيها، ولا يجوز أن يصرفه إلى

= والتهايؤ هو التناوب في العين الموقوفة، وذلك كما إذا كانت أرض موقوفة بين جماعة فتراضوا على أن كل واحد منهم يأخذ له من الأرض الموقوفة. قطعة معينة يزرعها لنفسه هذه السنة، ثم في السنة الأخرى يأخذ كل منهم قطعة غيرها، فذلك سائغ، ولكنه ليس بلازم، فلهم إبطاله، وليس ذلك في الحقيقة بقسمة، إذ القسمة الحقيقية أن يختص ببعض من العين الموقوفة على الدوام، وهذا المعنى في التناوب والتهايؤ نقله ابن عابدين ـ رحمه الله ـ عن فتاوى ابن الشلبي، ثم قال: «ومقتضاه أنه ليس استدامة هذه القسمة، بل يجب عليهم نقضها أو استبدال الأماكن بعضها ببعض، إذ لو استديمت صارت من القسمة الممنوعة بالإجماع؛ لتأديتها في طول الزمان إلى دعوى الملكية، أو دعوى كل منهم، أو بعضهم أن ما في يده موقوف عليه بعينه، ولا يخفى ما في ذلك من الضرر، ثم إن الشرط في جواز قسمة التهايؤ هو رضى الجميع، فإذا لم يرض واحد منهم لا يصار إليها، وإذا أبى واحد منهم بعد ذلك، له إبطال القسمة، وإن رضي بها من قبل؛ لأنها ليست بلازمةً، ولأولاده المستحقين للوقف من بعده نقض القسمة التي ارتضاها والدهم إن أرادوا ذلك.

وكذلك إذا قسم ولي الصغير المستحق في الوقف نصيبه فيه مع متوليه، ثم بلغ الصغير رشده رد القسمة إن أراد.

وأما ما ذكره في «الفتح» نقلاً عن الخصاف من قوله: «وأجمعوا أن الكل لو كان وقفاً على الأرباب، وأرادوا القسمة لا تجوز، وكذا التهايؤ» فمحمول على قسمة التملك جبراً، وهذا التوفيق نقله ابن عابدين ـ رحمه الله ـ عن الخير. الرملي والله سبحانه وتعالى أعلم. ينظر الأوقاف لشيخنا حنف.

مستحقي الوقف؛ لأن حقهم في المنفعة والغلة لا في العين، بل هي حق الله ـ تعالى ـ على الخلوص.

ولو جعل داره مسجدًا فخرب جواز المسجد، أو استغنى عنه، لا يعود إلى ملكه ويكون مسجدًا أبدًا عند أبي يوسف، وعند محمد يعود إلى ملكه.

وجه قول محمد أنه أزال ملكه بوجه مخصوص، وهو التقرب إلى الله تعالى ـ بمكان يصلي فيه الناس، فإذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه، فيعود إلى ملكه؛ كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبع وبقي الكفن، يعود إلى ملكه، كذا هذا.

ولأبي يوسف أنه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصًا لله ـ تعالى ـ على الإطلاق، وصح ذلك، فلا يحتمل العود إلى ملكه كالإعتاق؛ بخلاف تكفين الميت لأنه ما حرر الكفن وإنما دفع حاجة الميت به، وهو ستر عورته، وقد استغنى عنه، فيعود ملكًا له.

وقوله أزال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه، قلنا: ممنوعٌ؛ فإن المجتازين يصلون فيه، وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القربة قد صحت بيقين، فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود.

ولو وقف دارًا أو أرضًا على مسجد معين.

قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز، وعلى قول محمد لا يجوز؛ بِنَاءً على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثًا بالخراب، وعند محمد يصير ميراثاً.

وقال أبو بكر الأعمش: ينبغي أن يجوز بالاتفاق.

وقال أبو بكر الإسكاف: ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق.[1]

(١) قد اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند علماء الحنفية الثلاثة رحمهم الله، فعند الإمام أبي حنيفة لا يشترط في زوال ملك الواقف عن المسجد حكم الحاكم، ولا الإيصاء به، والفرق له ـ رحمه الله ـ بين المسجد وغيره أن لفظ الوقف لا ينبىء عن الخروج عن الملك، بل إبقاء الملك والتصدق بالمنفعة، إذ معنى «وقفت» حبست العين على ملكي، وتصدقت بالمنفعة، والمنفعة معدومة، والتصدق بالمعدوم لا يصح إلا في الوصية، فيجب تعليقه بالموت، ليكون وصية به، أو حكم الحاكم في موضع الاجتهاد، ليخرج عن ملكه إلى غير مالك؛ بخلاف المسجد، فإن قوله: «جعلت أرضي مسجداً» ليس مُنبئا عن إبقاء الملك ليحتاج إلى القضاء بزواله.

وعند محمد ـ رحمه الله ـ لا يشترط فيه التسليم إلى المتولي، وذلك لأن الوقف غير المسجد، اشترط فيه التسليم إلى المتولي؛ ليتحقق التسليم إلى من أخرج إليه، وهو الله سبحانه وتعالى، ولا يتحقق ذلك إلا =

....

= في ضمن التسليم إلى العبد الذي تعود منفعة الوقف إليه، غير أن المتولي يقام مقامهم في القبض، ومقام الواقف في إقبال الغلة لهم في العادة فتعين التسليم إلى المتولي، ولم تجر العادة في المسجد بذلك، إذ ليس له غلة يستحقها الناس؛ فلا يشترط التسليم إلى المتولي.
وعند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ لا يجوز مشاعاً، لتعلق حق العبد به، والمساجد لله، يجب أن تتحرر لله، وتخلص عن شائبة حق العبد.
ثم اختلفوا فيما يزول به ملك الواقف عن المسجد، فعند أبي حنيفة ومحمد لا يزول إلا بإقراره عن ملكه بطريقه، والصلاة فيه بإذنه.
أما الإفراز فإنه لا يخلص لله تعالى، إلا به؛ لأنه ما دام حق العبد متعلقاً به لم يتحرر لله.
وأما الصلاة فيه بإذنه فإنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد، لكن لا يتعين المتولي، فلا منافاة بينه وبين ما ذكر آنفاً، من عدم اشتراط التسليم إلى المتولي، وبالصلاة فيه يتحقق المقصود منه، فيقام مقام التسليم، أو الشرط تسليم نوعه، وهو في المسجد بالصلاة فيه.
ثم يكتفي بصلاة الواحد في رواية عن أبي حنيفة ومحمد؛ لأن قبض الجنس متعذر، فيشترط أدناه وهو الواحد، وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده، والصحيح أنه لا يكفي؛ لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة، وقبضه من نفسه لا يكفي، فكذا صلاته.
وفي رواية أخرى عنهما وهي الصحيحة؛ أنه يشترط الصلاة بجماعة بأذان وإقامة، حتى لو كانت بغير أذان وإقامة لا يصير مسجداً، وذلك لأن الجماعة هي المقصود من المسجد، لا مطلق الصلاة، فإنها تتحقق في غير المسجد؛ فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة.
ولو جعل الواقف له واحداً مؤذناً وإماماً، فأذن وأقام وصلى وحده، صار مسجداً اتفاقاً، لأن الصلاة على هذا الوجه كالجماعة، ولهذا قالوا: «يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض».
ولو سلم المسجد إلى متول نصبه ليقوم بمصالحة صح، وإن لم يصل فيه أحد، وفيه اختلاف المشايخ، والوجه الصحة؛ لأن المسجد قد يكون له خادم يكنس، ويغلق الباب، ونحوه من المصالح، وبتسليمه إلى المتولي ترتفع يده عنه، فيحصل تمام التسليم إلى الله تعالى.
وعند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ يزول ملكه بما سبق عنهما، وبقوله: «جعله مسجداً؛ لأن التسليم عنده ليس بشرط؛ لأنه إسقاط لملك العبد، فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد، وصار كالإعتاق، وإذا صار مسجداً على اختلافهم زال ملكه عنه، فلا يجوز له بيعه، ولا الرجوع فيه، ولا يورث عنه؛ لأنه تجرد عن حق العبد، وصار خالصاً لله، وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله، فانقطع تصرفه عنه، ولقوله تعالى: ﴿وأن المساجد لله﴾ ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة.
ولو جعل مسجداً تحته سرداب، أو جعل فوقه بيت، وكل من السرداب والبيت ليس لمصالح المسجد، وعزله عن ملكه، وجعل بابه إلى الطريق، لا يصير مسجداً، فله بيعه، ويورث عنه؛ لأنه لم يخلص لله؛ لبقاء حق العبد فيه، والمسجد لا يكون إلا خالصاً لله، ومع بقاء حق العبد في أسفله، أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص كله لله، أما إذا كان السفل مسجداً فلأن لصاحب العلو حقاً في السفل، حتى لا يكون =

....

= لصاحب السفل أن يحدث فيه شيئاً من غير رضى صاحب العلو، كنقب كوة أو غيرها، وأما إذا كان العلو مسجداً فلأن أرض العلو ملك لصاحب السفل، وليس له من التصرفات شيء من غير رضى صاحب السفل كالبناء وغيره، بخلاف ما إذا كان السرداب أو البيت موقوفاً لمصالح المسجد، فإنه يجوز، إذ لا ملك فيه لأحد، بل هو من تتميم مصالح المسجد، فصار كسرداب مسجد بيت المقدس.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه أجاز أن يكون الأسفل مسجداً والأعلى ملكاً؛ لأن الأسفل أصل، وهو يتأبد، ولم يجز عكسه، وعن محمد عكسه؛ لأن المسجد مُعَظَّم، ولا تعظيم إذا كان فوقه مستغل أو مسكن.

وعن أبي يوسف أنه أجاز الوجهين حين قدم بغداد، ورأى ضيق الأماكن.

وكذا روي عن محمد حين قدم «الري».

ولو اتخذ وسط داره مسجداً، وأذن للناس بالدخول فيه، لا يصير مسجداً أيضاً، فله بيعه، ويورث عنه، وذلك لأن ملكه محيط بجوانبه الأربع؛ فكان له حق المنع من الدخول فيه، والمسجد من شرطه، ألا يكون لأحد فيه حق المنع؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللهِ أَنْ يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾ ولأنه لم يفرزه حيث أبقى الطريق لنفسه، فلم يخلص لله تعالى، حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم صار مسجداً.

وعن الصاحبين أنه يصير مسجداً، وإن لم يعزل بابه إلى الطريق، لأنه لما رضي بكونه مسجداً، ولا مسجد إلا بطريق، دخل فيه الطريق ضرورة، كما يدخل في الإجارة من غير ذكر، باعتبار أنه لا يمكنه الانتفاع إلا بالطريق، والانتفاع هو المقصود منها.

رجل له ساحة لا بناء فيها، فأمر قوماً أن يصلوا فيها بسرعة قالوا: إن أمرهم بالصلاة فيها أبداً، أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الأبد، إلا أنه أراد الأبد، ثم مات لا يكون ميراثاً عنه، وإن أمرهم بالصلاة شهراً، أو سنة، ثم مات يورث عنه؛ لأنه لا بد من التأبيد، والتوقيت ينافيه.

قال الكمال رحمه الله: «ومقتضى هذا ألا يصير مسجداً، فيما إذا أطلق؛ إلا إذا اعترفت الورثة بأنه أراد الأبد، فإن نيته لا تعلم، فلا يحكم عليهم بمنع إرثهم بما لم يثبت اهـ.

ولو اتَّخذ رجل مصلى لصلاة الجنازة، أو لصلاة العيد، هل يكون لها المسجد؟ اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: «يكون مسجداً، حتى إذا مات لا يورث عنه».

وقال بعضهم: «ما اتخذ لصلاة الجنازة فهو مسجد، ولا يورث عنه، وما اتخذ لصلاة العيد لا يكون مسجداً مطلقاً، وإنما يعطى له حكم المسجد في صحة الاقتداء بالإمام، وإن كان منفصلاً عن الصفوف، وفيما سوى ذلك فليس له حكم المسجد.

وقال بعضهم: له حكم المسجد حال أداء الصلاة لا غير، وهو والجبانة سواء، ويجنب هذا المكان عما تجنب عنه المساجد احتياطاً.

وهل يشترط أن تكون أرض المسجد ملكاً للباني أو لا يشترط؟ ذكر في «البحر» أن مفاد كلام الحاوي اشتراط كون أرض المسجد ملكاً للباني، لكنه ذكر الطرسوسي جوازه على الأرض المستأجرة، أخذاً من جواز وقف البناء، ولا يكون المسجد بيت شعر، كما في الخيرية. اهـ من حاشية ابن عابدين.

ولو ضاق المسجد، ويجنبه أرض وقف عليه، أو حانوت، جاز أن يؤخذ، ويدخل فيه بإذن القاضي. =

....

= ولو كان بجنبه أرض لرجل، تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً؛ لما روي عن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ أنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة، وزادوا في المسجد الحرام، ولو كان طريقاً للعامة أدخل بعضه، بشرط ألا يضر بالطريق.

وهل يجعل شيء من المسجد طريقاً؟ قال في «الفتح»: وفي كتاب «الكراهية» من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجداً، أو يجعل شيء من المسجد طريقاً للعامة اهـ. يعني إذا احتاجوا لذلك، ولأهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجداً، وكذا على القلب، ويحولوا الباب، أو يحدثوا له باباً آخر، ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك، ولهم أن يهدموه، ويجددوه، وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحباب، ويعلقوا القناديل، ويفرشوا الحصر، كل ذلك من مال أنفسهم، وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي إلا بإذن القاضي.

الكل من الخلاصة إلا أن قوله: «وعلى القلب» يقتضي جعل المسجد رحبة، وفيه نظر، وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب «التجنيس» قيّم المسجد إذا أراد أن يبني حوانيت في المسجد، أو في فنائه، لا يجوز له أن يفعل؛ لأنه إذا جعل المسجد سكناً تسقط حرمة المسجد، وأما الفناء فلأنه تبع للمسجد اهـ.

ولو كان طريق العامة واسعاً، فبنى فيه أهل المحلة مسجداً للعامة، وهو لا يضر بالمارة، قالوا: «لا بأس به»، وهو مروي عن أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ لأن الطريق للعامة، والمسجد لهم أيضاً، وليس لأهل المحلة أن يدخلوا شيئاً من الطريق في دورهم، ولو لم يضر بالمارة.

ولو خرب المسجد حتى لا يصلى فيه، أو خُرِب ما حوله، واستغنى عنه، يبقى مسجداً على حاله وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وعند محمد يعود إلى ملك الواقف لو كان حيّاً، وإلى ورثته إن كان ميتاً، وإن لم يعرف بانيه، ولا ورثته، كان لهم بيعه، والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر.

وهذا الخلاف مبني على ما تقدم من اشتراط التسليم في المسجد وعدمه، فعند محمد يشترط التسليم بالصلاة فيه بالجماعة ابتداءً فكذا إبقاءً، فإذا ترك الناس الصلاة فيه بجماعة، يخرج من أن يكون مسجداً، وعند أبي يوسف لا يشترط التسليم المذكور ابتداءً فكذا بقاءً، فإن ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج عن أن يكون مسجداً.

وجه قول أبي يوسف أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود إلى ملكه كالإعتاق، كما لا يعود إذا زال إلى مالك من أهل الدنيا إلا بسبب يوجب تجدد الملك، فما لم يتحقق لم يعد.

ووجه قول محمد أنه عينه لقربة، وقد انقطعت، فينقطع هو أيضاً، فصار كالكفن إذا أخرج يرجع إلى ملك صاحبه، بأن كفن ميتاً فافترسه سبع، عاد الكفن إلى ملك صاحبه، وكهدي الإحصار إذا زال الإحصار فأدرك الحج، كان له أن يصنع بهديه ما يشاء.

وأجيب عنه بأن الهدي لم يزل ملكه عنه قبل الذبح، والكفن باق على ملكه، وإنما أباح به الانتفاع على ملكه، وقد استغنى المستعير فيعود إلى المعير، ولا كذلك المسجد، حيث زال ملكه عنه بشرطه، ولأنه ما جعله مسجداً ليصلي فيه أهل تلك المحلة لا غير، بل يصلي فيه العامة مطلقاً، أهل تلك المحلة وغيرهم.

وعلى هذا الخلاف حصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنهما يرجع إلى مالكه عند محمد، وعند أبي يوسف ينتقل إلى مسجد آخر، وعلى هذا الخلاف الرباط والبئر إذا لم ينتفع بهما. =

فصل

وأما الصدقة: إذا قال: داري هذه في المساكين صدقة، وتصدق بثمنها، وإن تصدق بعينها، جاز لأن الناذر بالنذر يتقرب إلى الله ـ تعالى ـ بالمنذور به، ومعنى القربة يحصل بالتصدق بثمن الدار.

ولو تَصَدَّقَ بعين الدار جاز؛ لأنه أدى المنصوص عليه، ولو قال: داري هذه صدقة موقوفة على المساكين، تصدق بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة؛ لأن المنذور به صدقة موقوفة، والوقف حبس الأصل وتصدق الفرع؛ ولو قال مالي في المساكين صدقة، تصدق بكلِّ مال تجب فيه الزكاة استحسانًا، والقياسُ أن يتصدق بالكلِّ؛ لأن اسم المال ينطلق على الكل.

وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبرٌ بإيجاب الله تعالى، ثم إيجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله ـ تعالى ـ: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة:١٠٣] ونحو ذلك تصرف إلى بعض الأموال دون الكلِّ؛ فكذا إيجاب العبد.

ولو قال: ما أملكه فهو صدقة، تصدق بجميع ماله، ويقال له: امسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالاً، فإذا اكتسب مالاً تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك؛ لأنه أضاف الصدقة إلى المملوك وجميع ماله مملوك له، فيتصدق بالجميع، إلا أنه يُقَال له: امسك قدر النفقة، لأنه لو تصدق بالكل على غيره لاحتاج إلى أن يتصدق غيره عليه، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «ابْدَأْ بِنَفْسِكَ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ»، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

= ثم لا بأس بأن يترك سراج المسجد فيه من المغرب إلى وقت العشاء، ولا يجوز أن يترك فيه كل الليل إلا في موضع جرت العادة فيه بذلك، كمسجد بيت المقدس، ومسجد النبي ﷺ والمسجد الحرام، أو شرط الواقف ـ تركه فيه كل الليل، ويجوز الدرس بسراج المسجد إن كان موضوعاً فيه للصلاة، وإلا بأن فرغ القوم من الصلاة، وذهبوا إلى بيوتهم؛ ويبقي السراج فيه، قالوا: «لا بأس بأن يدرس بنوره إلى ثلث الليل؛ لأنهم لو أخروا الصلاة إلى ثلث الليل لا بأس به، فلا يبطل حقه بتعجيلهم، وفيما زاد على ثلث الليل ليس لهم تأخيرها، فلا يكون له حق الدرس».
ينظر الأوقاف لشيخنا حنف.

كِتَابُ الدَّعوىٰ[1]

الكلامُ في هذا الكتاب يَقَعُ في مواضع:

(١) هي قول مقبول يقصد به الإنسان إيجاب حق له على غيره سواء كان ذلك حال المنازعة أو لا وتقول العرب ادعى كذا ادعاء زعم أنه له حقاً وباطلاً والاسم منه الدعوى والجمع دعاوى بالفتح ودعاوي بالكسر وهو الراجح عند سيبويه عند الإضافة إلى الضمير وغلب الكسر في دعوى النسب والفتح في المأدبة واسم المدعي يتناول في العرف من لا حجة له ولا يتناول من له حجة ولذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة ولا يقال ذلك بالنسبة للنبي ﷺ لأن نبوته ثبتت بالمعجزة فالمطالب بحقه قبل قيام حجة يسمى مدعياً وبعدها يسمى محقاً.

«تعريف الدعوى في الاصطلاح هي قول مقبول عند القاضي يقصد به الإنسان طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه والمراد بالقول أن تكون الدعوى باللسان فهي تصح بالكتابة إلا عند العجز عن القول.

فإذا كان عاجزاً عن القول فكتب الدعوى في صحيفة جاز وإلاّ لا كذا في خزانة المفتي والأخرص تقوم إشارته المعهودة مقام القول إن كان عاجزاً عن الكتابة فإن لم يكن عاجزاً عن الكتابة فقيل تقبل إشارته واستظهر هذا القول في الأشباه وقيل لا تقبل وهو مختار الكمال بن الهمام وهو الظاهر.

لأن الفرض من القول والكتابة والإشارة الإبانة عما في نفس المتكلم ولا شك أن الكتابة أدل على المراد من الإشارة فكما لا تصح الدعوى بالكتابة إلا عند العجز عن القول كذلك لا تصح بالإشارة إلا عند العجز عن الكتابة فإن القول أدل على المقصود من الكتابة والكتابة أدل عليه من الإشارة...

ولا يجوز الانتقال من الأعلى إلى الأدنى إلا لضرورة وقيد القول بالمقبول لتخرج الدعوى الفاسدة وهي التي لم تستوف الشرائط والأركان وقيد القول بما يقصد به طلب حق له قبل غيره لتخرج الشهادة والإقرار فإن الشهادة أخبار بحق لغيره على غيره والإقرار إخبار بحق لغيره على نفسه وقوله أو دفعه عن حق نفسه أي دفع الخصم وبه شمل التعريف دعوى دفع التعرض. وإنما نحتاج لهذا القيد إذا أردنا من الحق في التعريف الوجودي فقط. وأما إذا أردنا منه ما يعم الوجودي والعدمي فلا حاجة إليه ومثال دعوى رفع التعرض أن تدعي المرأة أن فلاناً بعد أن تزوجها يعقد نكاح صحيح شرعي طلقها ثلاثاً فصار لا حق له في إمساكها ولكنه يحاول إمساكها بغير حق فهي تطلب منع لقرضه لها لأن عصمتها عادت إليها وصارت خلصة لها.

وسببها المحافظة على تحصيل الحقوق التي يترتب عليها بقاء النوع الإنساني أو شخص المدعي ممن تعدى عليها فمثال ما يترتب عليه بقاء النوع النكاح وما يترتب عليه بقاء الشخص الأموال بجميع أنواعها وما يرتبط بها.

انظر: تبيين الحقائق ٤/ ٢٩٠، فتح القدير ٨/ ١٥٢، تكملة حاشية ابن عابدين ١/ ٢٨٣، مغني المحتاج ٤/ ٤٦١، والشرح الصغير ٢/ ٦٩٣ والكافي ٢/ ٩٢١، الإشراف ٢/ ٣٥١.

في بيان ركن الدعوى.

وفي بيان شرائط الركن.

وفي بيان حد المدعي والمدعى عليه.

وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به.

وفي بيان حجة المدعي والمدعى عليه.

وفي بيان علائق اليمين.

وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه، ويخرج عن كونه خصمًا.

وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لا غير.

وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل.

أما ركن الدعوى[١]، فهو قول الرجل: لي على فلان أو قِبَلَ فلان كذا، أو قضيت حق فلان، أو أبرأني عن حقه؛ ونحو ذلك؛ فإذا قال ذلك فقد تم الركن[٢].

---

(١) أما ركنها فهو إضافة الحق إلى نفسه إن كان أصيلاً كأن يقول على فلان لي كذا أو إلى من هو نائب عنه إن كان وكيلاً كأن يقول هذه العين لموكلي فلان ولا بد أن يكون ذلك حال المنازعة لأن الدعوى الشرعية لا تتحقق إلا بالمنازعة وإذا جعلنا ماهية الدعوى مركبة من إضافة الحق إلى النفس ومن القول المقبول وكونه في مجلس القاضي تصير الأركان حينئذٍ ثلاثة هي القول المقبول وإضافة الحق بالنفس ومجلس القاضي وإن جعلنا عند القاضي شرطاً كانت الأركان ثنتين هما القول المقبول والإضافة إلى النفس وإن اعتبرنا القول وسيلة فقط كان الركن واحداً وهو إضافة الحق إلى النفس حال المنازعة كذا في الهندية.

(٢) حكمها وجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا لأن قطع الخصومة والمنازعات واجب ولا يمكن قطع الخصومة والمنازعات إلا بالجواب ويستحضر القاضي المدعى عليه بمجرد دعوى المدعى إن كان في المصر أو قريباً منه بحيث يحضر إليه ويمكنه المبيت في بيته وإلا بأن لم يمكنه الرجوع إلى بيته يحلف القاضي المدعي فإن نكل أخرجه من المجلس وإن حلف أمر بإحضار خصمه وقيل يكلف المدعي بإقامة بينة على صحة دعواه وليس بلازم حينئذٍ أن تكون البينة عدولاً فإنها للأشخاص لا للقضاء كذا في شرح أدب القاضي للخصاف وإذا حضر المدعي ووجب عليه الجواب فلا يخلو إما أن يقر أو ينكر أو يسكت فإن أقر أمره القاضي بالدفع للمدعي لظهور صدق دعواه وإن أنكر فإن كان للمدعي بينة أقامها وإن لم تكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يجاب إلى ذلك ثم إن المدعى لو قال لا بينة لي ثم أتى ببينة هل تقبل منه أو لا روايتان عن أبي حنيفة فرواية الحسن رضي الله عنه أنها تقبل ورواية محمد رضي الله عنه أنها لا تقبل وجه رواية الحسن أن من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعي بأن أقر المدعى عليه أمام تلك البينة وهو لا يعلم بها ثم علم بعد ذلك بهذه البينة فأمكن التوفيق فلا يكون الإتيان بعد ذلك بالبينة رجوعاً=

فصل في الشرائط المصححة للدعوى

وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواعٌ: منها عقل المدعي والمدعى عليه، فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ وكذا لا تصح الدعوى عليهما؛ حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة؛ لأنهما مبنيان على الدعوى الصحيحة[1].

ومنها أن يكون المدعي معلومًا لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول، والعلم بالمدعي إنما يحصل بأحد أمرين: إما الإشارة، وإما التسمية.

وجملة الكلام فيه أن المدعي لا يخلو: إما أن يكون عينًا، وَإما أن يكون دينًا، فإن كان عينًا فلا يخلو: إما إن كان محتملاً للنقل، أو لم يكن محتملاً للنقل، فَإن كان محتملاً للنقل فلا بد من إحضاره لتمكن الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة، فيصير معلومًا بها إلا إذا تعذر نقله كحجر الرحى ونحوه، فإن شاء القاضي استحضره، وَإن شاء/ بعث إليه أميناً، وَإن لم

= فتقبل ووجه قول محمد أن قول المدعي لا بينة لي إقرار على نفسه والإنسان أمين في حق نفسه فلا يتهم في الإقرار عليها فالإتيان بالبينة بعد ذلك رجوع فلا يصح وإن سكت اعتبر منكر لأن الجواب إما إقرار أو إنكار ولا بد أن يحمل السكوت على أحدهما ولا يتأتى حمله على الإقرار وذلك لأن العاقل المتدين لا يسكت عن إظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن إظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الإنكار أولى فكان السكوت إنكاراً دلالة ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر بل قال لا أنكر ولا أقر وأصر على ذلك اختلف فيه المشايخ فقال بعضهم هو إنكار وقال بعضهم هو إقرار وحمله على الإقرار أولى وأظهر لأن قوله لا أنكر ولا أقر إخبار عن السكوت عن الجواب وإعراض عنه والسكوت عن الجواب إنكار كما حقق. ينظر الدعوى لشيخنا عبد الحميد الدسوقي.

(١) وأما الصبي المميز فإن كان مأذوناً له في الخصومة فدعواه وجوابه صحيح وإلا فلا لأن الخصومة من التصرفات التي يصح فيها الإذن دون الإجازة صيانة للقضاء عن البطلان ولذا لا تصح دعوى الفضول ولا يعتبر جوابه.

وإذا عقل الصبي أو أفاق المجنون كان كل منهما أهلاً للخصومة بشرط الإذن للصبي بالخصومة ممن له الولاية عليه وفي تحليف الصبي المأذون خلاف فقيل يحلف وقيل لا والصحيح أنه يحلف ويقضى عليه بنكوله.

وإذا دعي على الصبي المحجور عليه والمجنون فقيل يشترط حضورهما في مجلس القاضي وقيل لا والذي جرى عليه صاحب التكملة، نقلاً عن الفصول العمادية وحاشية الحموي عن الأشباه أنه إذا لم يكن للمدعي بينة فليس له إحضار الصغير المحجور عليه ولا المجنون إلى مجلس القضاء لأنه لو حلف فنكل لا يقضى عليه بنكوله لأن النكول بذل أو إقرار وهما ليسا من أهله فلا فائدة إذن في توجيه اليمين إلى أحدهما وإذا كان للمدعي بينة وهو يدعي عليه الاستهلاك أو الغصب فله إحضاره لكن يشير إليه الشهود عند الشهادة والصبي والمجنون كلاهما مؤاخذ بأفعاله دون أقواله. ينظر الدعوى لشيخنا عبد الحميد الدسوقي.

يكن محتملاً للنقل وهو العقار، فلا بد من بيان حده ليكون معلومًا؛ / لأن العقار لا يصير معلومًا إلا بالتحديد، ثم لا خلاف في أنه لا يكتفي فيه بذكر حد واحد؛ وكذا بذكر حدين عند أبي حنيفة ومحمد؛ خلافًا لأبي يوسف.

وَهَلْ تَقَعُ الكفاية بذكر ثلاثة حدود؟ قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم: نعم، وقال زفر ـ رضي الله عنه ـ: لا، وهي مسألة «كتاب الشروط»؛ وكذا لا بد من بيان موضع المحدود وبلده ليصير معلومًا.

هذا إذا كان المدعي عينًا، فإن كان دينًا فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته؛ لأن الدين لا يصير معلومًا إلا ببيان هذه الأشياء.

ومنها: أن يذكر المدعي في دعوى العقار أنه في يد المدعى عليه؛ لأن الدعوى لا بد وأن تكون على خصم، والمدعى عليه إنما يصير خصمًا إذا كان بيده، فلا بد وَأن يذكر أنه في يده ليصير خصمًا، فإذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعي؛ فإنه يحلف من غير الحاجة إلى إقامة البينة من المدعي على أنه في يد المدعى عليه، ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يد هذا المدعى عليه، ووجه الفرق أن من الجائز أن يكون صاحب اليد غيره واصطلحا على ذلك، فلو سمع القاضي بينته، لكان قضاء على الغائب، وهذا المعنى هنا متعذرٌ؛ لأنه لا قضاء هنا أصلاً؛ لأن المدعى عليه لا يخلو إما أن يحلف، وإما أن ينكل؛ فإن خلف فالأمر فيه ظاهر، وإن نكل فكذا؛ لأن القاضي لا يقضي بشيء؛ وَإنما يأمره بأن يخرج من الدار ويخلي بينها وبين المدعي.

ومنها: أن يذكر أنه يطالبه به؛ لأن حق الإنسان إنما يجب إيفاؤه بطلبه.

ومنها: أن يكون بلسانه عينًا إذا لم يكن به عذر إلا إذا رضي المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة، وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعي بالخصومة من غير عذرٍ، ولم يرض به المدعى عليه، لا تصح دعواه عنده؛ حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة، وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع؛ لما علم في «كتاب الوكالة».

ومنها: مجلس الحكم، فلا تسمع الدعوى إلا بين يدي القاضي كما لا تسمع الشهادة إلا بين يديه.

ومنها: حضرة الخصم، فلا تسمع الدعوى والبينة إلا على خصم حاضر إلا إذا التمس المدعي بذلك كتابًا حكميًا للقضاء به، فيجيبه القاضي إليه، فيكتب إلى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه، وهذا عندنا.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ حضرة المدعى عليه ليست بشرطٍ لسماع الدعوى والبينة والقضاء، فيجوز القضاء على الغائب عنده، وعندنا لا يجوز.

وجه قول الشافعي ـ رحمه الله ـ أنه ظهر صدق المدعي في دعواه على الغائب بالبينة، فيجوز القضاء ببينته قياسًا على الحاضرة، ولالة الوصف أن دعوى المدعي وَإن كان خبرًا يحتمل الصدق، والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبينة، فيظهر صدقه في دعواه؛ كما إذا كان المدعى عليه حاضرًا يحققه أن المدعى عليه لا يخلو إما أن يكون مقرًّا، وإما أن يكون منكرًا، فإن كان مقرًّا فكان المدعي صادقًا في دعواه، فلا حاجة إلى القضاء، وَإن كان منكرًا فظهر صدقه بالبينة، فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهرة للحق، فجاز.

ولنا ما روي عَنْ رسولِ الله ـ ﷺ ـ أنه قال لسيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ: «لاَ تَقْضِ لأَحَدِ الخَصْمَينِ مَا لَمْ تَسْمَعْ كَلاَمَ الآخِرِ»[1]؛ نهَاهُ عليه الصلاة والسلام عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، والقضاء بالحق للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهيًا عنه؛ ولأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، قال الله ـ تبارك وتعالى، جلّ شأنه ـ: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ، فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالحَقِّ﴾.

وقال عليه الصلاة والسلام لعمرو بن العاص: «اقْضِ بَيْنَ هَذَيْنِ، قَالَ اقْضِي وَأَنْتَ حَاضِرٌ بَيْنَنَا، فقال عليه الصلاةُ والسلامُ: «اقْضِ بَيْنَهُمَا بِالحَقِّ»[2] والحق اسم للكائن الثابت، ولا ثبوت مع احتمال العدم، واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب، فلم يكن الحكم بالبينة حكمًا بالحق، فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلاً، إلا أنها جعلت حجة لضرورة

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١١) كتاب الأقضية: باب كيف القضاء حديث (٣٥٨٢) والترمذي (٣/ ٦١٨) كتاب الأحكام: باب القاضي لا يقضي بين الخصمين حديث (١٣٣١) وابن ماجه (٢/ ٧٧٤) كتاب الأحكام: باب ذكر القضاة حديث (٢٣١٠) وأبو يعلى (١/ ٢٥٢) رقم (٢٩٣) وأحمد (١/ ٨٨، ١٥٦) والطيالسي (١/ ٢٨٦ ـ منحة) رقم (١٤٤٩، ١٤٥٠) وابن حبان (٢٢٠٨ ـ موارد) والحاكم (٤/ ٩٣) كتاب الأحكام والبيهقي (١٠/ ١٤٠) كتاب آداب القاضي: باب لا يقبل القاضي شهادة الشاهد إلا بمحضر من الخصم، من طرق عن علي وقال الحاكم: صحيح الإسناد.
وصححه ابن حبان.

(٢) رواه الدارقطني في سننه (٤/ ٢٠٣) كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك الحديث (١).
حدثنا أبو الحسن علي بن عبد الله بن مبشر نا أحمد بن سنان القطان نا يزيد بن هارون عن فرج بن فضالة عن محمد بن عبد الأعلى بن عدي عن أبيه عن عبد الله بن عمرو.
وفيه قال علي ما أقضي قال: «إن اجتهدت فأصبت لك عشرة أجور وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر واحد».
رواه أيضاً بنحوه أحمد في المسند (٢/ ١٨٧) «قال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٩٨): «رواه أحمد والطبراني في الكبير وفيه من لم أعرفه» اهـ.

فصل الخصومات والمنازعات، ولم يظهر حالة الغيبة، وقد خرج الجواب عن كلامه[١].

ثم إنما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر، فإن كان يجوز؛ لأنه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى، والخصم الحاضر والوكيل والوصي والوارث وَمَنْ كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى؛ لأن الوكيل والوصي نائبان عنه بصريح النيابة، والوارث نائب عنه شرعًا، وحضرة النائب كحضرة/ المنوب عنه، فلا يكون قضاء على الغائب معنى.

وكذا إذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى؛ بأن كان ذلك سببًا لثبوت حق الغائب؛ لأن الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه، ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب، فكان الكل حق الحاضر[٢]؛ لأن كُلَّ ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقاً به، فيكون قضاء على الحاضر حتى أن مَن ادَّعىٰ على آخر أنه أخوه ولم يدع ميراثًا ولا نفقة لا تسمع دعواه؛ لأنه دعوى على الغائب؛ لأنه يريد إثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه، وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضرٌ؛ لأنه لم توجد الإنابة ولا حق يقضي به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعًا له، فلا تسمع دعواه أصلاً.

ولو ادعى عليه ميراثًا أو نفقة عند الحاجة، تسمع دعواه وتقبل بينته؛ لأنه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال، ولا يمكنه إثباته إلا بإثبات نسبه من الغائب، فينصب خصمًا عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعًا له؛ ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح إقراره، بخلاف ما لو ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر؛ لأنه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير، فكان دعوى على الحاضر؛ ألا ترى أنه لو أقر به يصح إقراره بخلاف الإقرار بالأخوة.

---

(١) القضاء على الغائب فوق مسافة القصر قد تنوعت أراء الفقهاء في ذلك ففريق يرى عدم الجواز وبه قال شريح وابن أبي ليلى والثوري ورواية عن أحمد.

وفريق آخر يرى الجواز وهم الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية واستدل المجيزون بقول الله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض، فاحكم بين الناس بالحق﴾.

وبحديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان أنها أتت رسول الله ﷺ قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت من ماله سراً، فهل علي في ذلك من حرج؟ فقال لها: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وهذا قضاء منه على غائب، لأن أبا سفيان لم يحضر.

وأدلة المجيزين أقوى يؤيدها نصوص كثيرة، ولأن الحنفية القائلين بمنعه قد أجازوا القضاء عليه في صور منها اتصاله بحق حاضر.

ينظر أدب القضاء (١/١٥٩).

(٢) في ب: للحاضر.

وعلى هذا تخرج المسائل الخمسة وتوابعها على ما نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى.

ومنها: عدم التناقض في الدعوى، وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه؛ لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه، حتى لو أقر بعين في يده لرجل، فأمر القاضي بدفعها إليه، ثم ادعى أنه كان اشتراها منه قبل ذلك، لا تسمع دعواه/ لأن إقراره بالمالك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك؛ لأن الشراء يوجب الملك للمشتري، فكان مناقضًا للإقرار، والإقرار يناقضه، فلا يصح.

وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين، فقضى عليه بنكوله، ثم ادعى أنه كان اشتراه منه قبل ذلك، لا تسمع دعواه، ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار.

وروي عن أبي يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته، هذا إذا ادعى أنه اشتراه منه/ قبل أ الإقرار والنكول، فأما إذا ادعى أنه اشتراه منه بعد ذلك، تسمع دعواه بلا خلافٍ؛ لأن الإقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك؛ لانعدام التناقض لاختلاف الزمان.

وَلَوْ قال: هذا لفلان اشتريته منه، تسمع منه، موصولاً، قال ذلك أو مفصولاً؛ لأنه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى، بل سبق منه ما يقررها؛ لأن سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه.

ولو قال: هذا العبد لفلان اشتريته منه، موصولاً، فالقياس أن لا تصح دعواه، وفي الاستحسان تصح، ولو قال ذلك مفصولاً لا تصح؛ قياساً واستحساناً.

وجه القياس أن قوله «هو لفلان» إقرار منه بكونه ملكاً لفلان في الحال، فهذا يناقض دعوى الشراء؛ لأن الشراء يوجب كونه ملكاً للمشتري، فلا يصح كما إذا قال مفصولاً.

وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولاً معناه في متعارف الناس وعاداتهم أنه كان لفلان فاشتريته منه، قال الله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَاذْكُرُوا إِذْ أَنْتُمْ قَلِيلٌ مُسْتَضْعَفُونَ فِي الأَرْضِ﴾ [الأنفال: ٢٦] أي: إذ كنتم قليلاً إذ لم يكونوا قليلاً وقت نزول الآية الشريفة، فيحمل عليه تصحيحاً له، ولا عادة جرت بذلك في المفصول، فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة، فلا تسمع.

هذا إذا بين أنه اشتراه قبل الإقرار، فإن بين أنه اشتراه بعده تسمع دعواه؛ لانعدام التناقض على ما بينا؛ وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهماً بثمن معلوم، تسمع؛ لأنه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحاً له.

هذا إذا قال: هذا الشيء لفلان، ولم يقل: لا حق لي فيه، فإن قال: لا حق لي فيه، ثم ادعى الشراء بعد ذلك، لا تسمع دعواه؛ لأن قوله «لا حق لي فيه» لتأكيد البراءة، إلا إذا تبين أنه اشتراه بعد الإقرار، فتسمع لما قلنا.

ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه، لم يكن لك علي شيء قط، فأقام المدعي البينة وقضى القاضي بذلك، ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه إياه، تسمع دعواه، وتقبل بينته؛ لجواز أنه لم يكن عليه شيء، وإنما قضاه إياه لدفع الدعوى الباطلة.

ولو قال: لم يَكُنْ لك عليَّ شيء ولا أعرفك، فأقام المدعي البينة، وقضى القاضي ببينته، ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه، لا تسمع دعواه، ولا تقبل بينته؛ لأن قوله «لا أعرفك» يناقض/ دعوى القضاء؛ لأن الظاهر أنه لا يقضي إلا بعد معرفته إياه، فكان في دعوى القضاء مناقضاً، فلا تسمع.

وَلَوِ ادَّعَىٰ على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه، والعبد في يد البائع، فأنكر البائع البيع، فأقام المشتري البينة وقضى القاضي به، ثم وجد به عيباً فأراد أن يرده على البائع، فأقام البائع البينة على أن المشتري كان أبرأه عن كلِّ عيبٍ، لم تسمع دعواه، ولا تقبل بينته؛ لأن إنكار البيع يناقض دعوى الإبراء عن العيب؛ لأن الإبراء يقتضي وجود البيع، فكان مناقضاً في دعوى الإبراء، فلا تسمع، وعلى هذا مسائل:

والأصل في هذا الباب أنه إذا سبق من المدعي ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى، إلا في النسب والعتق، فإن التناقض فيهما غير معتبر؛ بأن قال لمجهول النسب: هو ابني من الزنا، ثم قال: هو ابني من النكاح، تسمع دعواه؛ وكذا مجهول النسب إذا أقر بالرق لرجل، ثم ادعى أنه حُرُّ الأصل، تسمع دعواه حتى تقبل بينته؛ لأن بيان النسب مبني على أمر خفي، وهو العلوق منه؛ إذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس، فالتناقض في مثله غير معتبر؛ كما إذا اختلعت امرأة / زوجها على مال، ثم ادعت أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع، وأقامت البينة على على ذلك، تسمع دعواها، وتقبل بينتها لما قلنا؛ كذا هذا؛ وكذا الرق والحرية.

ومنها: أن يكون المدعي مما يحتمل الثبوت؛ لأن دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة، حتى لو قال لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابني لا تسمع دعواه، لاستحالة أن يكون الأكبر سنًا ابناً لمن هو أصغر سنًا منه؛ وكذا إذا قال لمعروف النسب من الغير: هذا ابني، والله ـ تعالى ـ أعلم.

فصل في بيان حد المدعي والمدعى عليه

وأما بيان حد المدعي والمدعى عليه، فقد اختلف عبارات المشايخ في تحديدهما، قال بعضهم المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه.

وقال بعضهم المدعي مَنْ يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقًّا، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه.

وقال بعضُهم: ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً.

وقال بعضهم: المدعي مَنْ يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه.

فينفصلان بذلك عن الشاهد، والمقر والشاهد مَنْ يخبر عما في يد/ غيره لغيرِهِ، والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره.

فصل في بيان حكم الدعوى

وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به[1]، فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه؛ لأن قطع الخصومة والمنازعة واجب، ولا يمكن القطع إلا بالجواب، فكان واجباً، وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعي؟ ذكر في أدب القاضي أنه يسأله، وذكر في الزيادات أنه لا يسأله ما لم يقل المدعي أسأله عن دعواي، وعلى هذا إذا تقدم الخصمان إلى القاضي، هل يسأل المدعي عن دعواه؟ في أدب القاضي أنه يسأله، وفي الزيادات أنه لا يسأله، ويعرف ذلك في «كتاب أدب القاضي»، وسيأتي.

وَإذا وجب الجواب على المدعى عليه، فإما إن أقر أو سكت أو أنكر، فإن أقر يؤمر بالدفع إلى المدعي لظهور صدق دعواه، وَإن أنكر فإن كان للمدعي بينة أقامها، ولو قال: لا بينة لي ثم جاء بالبينة، هل تقبل؟ روى الحسن عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله تعالى ـ أنها تقبل، وعن محمد أنها لا تقبل.

وَجْهُ قول محمد أن قوله لا بينة لي إقرار على نفسه، والإنسان لا يتهم في إقراره على نفسه، فالإتيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به، فلا يصح.

وجه رواية الحسن عن أبي حنيفة أن من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعي؛ بأن أقر المدعى عليه بين يدي هؤلاء وهو لا يعلم به، ثم علم بعد ذلك بها، فأمكن التوفيق، فلا يكون الإتيان بالبينة بعد ذلك رجوعاً، فتقبل، وَإن لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه، يحلف فيما يحتمل التحليف، فإن سكت عن الجواب يأتي حكمه، إن شاء الله ـ تعالى ـ في الفصل الذي يليه.

---

(١) في ب: بها.

فصل في حجة المدعي والمدعى عليه

وأما [بيان][١] حجة المدعي والمدعى عليه، فالبينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ»[٢] جَعَلَ عليه الصلاة والسلام البينةَ حجة المدعي، واليمينَ حجةَ المدعى عليه.

والمعقول كذلك؛ لأن المدعي يدعي أمراً خفيًّا فيحتاج إلى إظهاره، وللبينة قوة الإظهار؛ لأنها كلام من ليس بخصم، فجعلت حجة المدعي، واليمين وَإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله ـ عزَّ وجلَّ ـ لكنها كلام الخصم، فلا تصلح حجة مظهرة للحق، وتصلح حجة المدعى عليه؛ لأنه متمسك بالظاهر، وهو ظاهر اليد/ ، فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر، واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار، فكان جعل البينة حجة المدعي، وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة.

ب

وَعَلَىٰ هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعي أنه لا يجوز عندنا؛ خلافاً للشافعي ـ رحمه الله ـ[٣].

---

(١) سقط في ط. (٢) تقدم.

(٣) اختلف الفقهاء في الحكم بشاهد واحد مع يمين المدعي.

فذهب الشافعي، ومالك، وأحمد، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وشريح والفقهاء السبعة إلى جواز الحكم بشاهد؟ ويمين في الأموال خاصة. ورُوِيَ هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ـ رضي الله عنهم ـ.

وذهب أبو حنيفة، وأصحابه، والأوزاعي، والشَّعْبِيُّ، والنخعي، وزيد بن علي، وابن شبرمة، والإمام يحيى إلى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين. وقال محمد بن الحسن من قضى بشاهد ويمين نقضت حكمه. وقال الحكم: القضاء بشاهد ويمين بدعة وأول من حكم به معاوية.

استدل المجوزون بما يأتي: عن سيف بن سليمان عن قيس بن سعدٍ عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما: أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد. رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه. وفي رواية لأحمد إنما كان ذلك في الأموال.

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أمير المؤمنين علي رضي الله تعالى عنه. أن النبي ﷺ. قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق، وقضى به أمير المؤمنين علي بالعراق. رواه أحمد والدارقطني. وذكره الترمذي.

عن ربيعة عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة. قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد. رواه ابن ماجه والترمذي. وأبو داود. قال عبد العزيز الدراوردي فذكرت ذلك لسهيل. فقال أخبرني ربيعة، وهو عندي ثقة أني حدثته إياه ولا أحفظه. قال عبد العزيز كان أصاب سهيلاً علة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه. فكان سهيل بعد يحدثه عن ربيعة عنه عن أبيه.

واحتج المانعون بما يأتي: بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ =

....

= وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾. الآية. وجه الاستدلال أن الآية قد انتظمت شيئين من أمر الشهود. أحدهما العدد والآخر الصفة، وهي العدالة المأخوذة من قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾.
وحيث إنه لم يجز إسقاط العدالة والاقتصار على ما دونها، لم يجز إسقاط العدد؛ لأن الآية مقتضية استيفاء الأمرين في تنفيذ الحكم بها؛ فغير جائز إسقاط واحد منهما.
وأيضاً، فلما أراد الله الاحتياط في إجازة شهادة النساء، أوجب شهادة المرأتين؛ وقال: «أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ». فلو أجيز الحكم بشاهد ويمين، لما كان هناك حاجة؛ لأن تذكر إحدى المرأتين الأخرى - إذا ما ضلت، لأن الشاهد وحده مع اليمين كاف، ثم قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓا﴾ ينفي قبول الشاهد واليمين، لما فيه من الحكم بغير ما أمر الله من الاحتياط، والاستظهار، ونفي الريبة والشك، وفي قبول يمين الطالب أعظم الريب والشك وأكبر التهمة؛ وذلك خلاف مقتضى الآية.
وأيضاً، لو قبلت شهادة شاهد واحد مع يمين الطالب، لكان زيادةً على ما جاء به القرآن، والزيادةُ نسخ، وأخبار الآحاد لا تنسخ المتواتر.
بما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه، وأخرجه الطبراني من رواية سفيان عن نافع عن ابن عمر بلفظ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وأخرجه البيهقيُّ من طريق عبد الله بن إدريس عن ابن جريج وعثمان بن الأسود عن أبي مُلَيْكَة. قال: كنت قاضياً لابن الزبير على الطائف، فذكر قصة المرأتين اللتين ادعت إحداهما على الأخرى أنها جرحتها، فكتبت إلى ابن عباس، فكتب إليّ أنّ رسول الله ﷺ قال: «لَوْ يُعْطَىٰ ٱلنَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لادَّعَىٰ رِجَالٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَٰكِنِ ٱلْبَيِّنَةُ عَلَىٰ مَنِ ٱدَّعَىٰ وَٱلْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ» بدل قول النبي ﷺ - البينة على من ادّعى، واليمينُ على من أنكر على التفريق بين البينة واليمين، وغير جائز أن تكون اليمين بينة؛ إذ لو جاز، لكان بمنزلة قول القائل «البينة على المدعي، والبينة على المدعى عليه»، وحيث إنَّ اليمين خلافُ البينة. وقد قسم النبي ﷺ - بين الخصمين فجعل على المُدَّعي البينة، وعلى المنكر اليمين؛ فلا يجوز الحكم بشاهد ويمين؛ لأن القسمة تنافي الشركة.
وأيضاً جعل النبي ﷺ جنس البينة على المدعي، وجنس الأيمان على المنكر. وحينئذٍ تكون جميع أفراد البينة على المدعين، وجميع أفراد اليمين على المنكرين. فلو حلف المدعي مع الشاهد كان مخالفاً للنص.
وقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «لو أُعْطِيَ ٱلنَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ... الخ» يدلّ على بطلان القول بالشاهد واليمين. إذا إنَّ اليمين هي دعواه، لأن مخبرها ومخبر دعواه واحد فلو استحق بيمينه كان مستحقاً بدعواه. وقد منع النبي ﷺ... ذلك.
بما روي عن علقمة بن حجر عن أبيه في الحضرمي الذي خاصم الكندي في أرض ٱدَّعَاهَا في يده وجحد الكندي. فقال النبي ﷺ للحضرمي: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ لَيْسَ لَكَ إِلاَّ ذَٰلِكَ» نفى النبي ﷺ - أنْ يستحق شيئاً بغير شاهدين، وأخبر أنه لا شيء له غير ذلك.
ويرد على أدلة المجوزين ما يأتي: يرد على حديث ابن عباس أنَّ سيف بن سليمان ضعيف. ثم إن الطحاوي أعلَّ هذا الحديث بأنه لا يعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار. وقال الترمذي في العلل. سألت محمداً يعني البخاري عن هذا الحديث؟ فقال: «لم يسمعه عندي عمرو من ابن عباس». =

....

= قال البَيْهَقِيُّ في حديث جعفر رَوَىٰ إبراهيم بن أبي هنيد عن جعفر عن أبيه عن جابر رفعه. أتاني جبريل وأمرني أن أقضي باليمين مع الشاهد وإبراهيم ضعيف جداً رواه ابن عدي، وابن حبان في ترجمته. وقيل: إنَّه أخطأ فيه فذكر فيه جابراً. وإنَّما هو عن أبي جعفر محمد بن علي عن النبي ﷺ.

يرد على حديث أبي هريرة، أن سهيلاً: أنكر أنه حدث به ربيعة، ومثل هذا الحديث لا يثبت به شريعة مع إنكار من روى عنه إيَّاهُ وفقد معرفته به. ولكن الحافظ في «الفتح» قال: في هذا الحديث رجاله مدنيون ثقات ولا يضر أن سهيل بن أبي صالح نسيه بعد أن حدث به ربيعة، لأنه كان بعد ذلك يرويه عن ربيعة عن نفسه.

هذا ما ورد على سند هذه الأحاديث ثم هي بعد يحتمل أن يكون المعنى قضى تارة بشاهد يعني بجنسه، وتارة بيمين فلا دلالة فيها على الجمع بينهما. ولئن سلم أن هذه الأحاديث تقتضي الجمع فليس فيها ما يدل على أن اليمين هو يمين المُدَّعي. بل يجوز أن يكون المراد يمين المدعى عليه. ويحتمل أن يكون الحكم بشاهد ويمين فيمن اشترى جارية وادَّعى عيباً في موضع لا يجوز النظر إليه إلا لعذر؟ فتقبل شهادة الشاهد الواحد في وجود العيب، ويستحلف المشتري مع ذلك بالله ما رضي به، فيكون قد قضى بالرد على البائع بشهادة شاهد مع يمين الطالب، وهو المشتري وورد على أدلة المانعين ما يأتي.

يرد على الاستدلال بالآية. أن دلالتها على عدم جواز الحكم بشاهد ويمين إنَّما هي بالمفهوم، والمانعون لا يقولون به فضلاً عن مفهوم العدد.

ويرد على قولهم إن الزيادة نسخ، وأخبار الآحاد لا تنسخ المتواتر. أن النسخ رفع الحكم ولا رفع هنا، لأن الذي ثبت بالأخبار حكم سكت عنه الكتاب فبينة السنة، وأيضاً فإنَّ الناسخ والمنسوخ لا بد أن يتواردا على محل واحد، وهذا غير متحقق في الزيادة على النص، ثم لو كانت كل زيادة نسخاً للزم على المانعين أن يبيحوا: الجمع بين البنت، وعمتها، لأن التحريم زيادة على النص. «وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ»، ولكنهم لا يقولون بإباحة الجمع، وحيث كان كذلك علم أن السنة الصحيحة، إذا أثبتت حكماً سكت عنه الكتاب، وجب قبوله. وعلم أنه ليس بنسخ إذ ليس في السنن الصحيحة ما يخالف كتاب الله.

قال ابن القَيِّم في «الطرق الحكمية»: والذي يجب على كل مسلم اعتقاده أنَّهُ ليس في سنن رسول الله. الصحيحة سنة واحدة تخالف كتاب الله. بل السنن مع كتاب الله على ثلاث منازل.

المنزلة الأولى: سنة موافقة شاهدة بنفس ما شهدت به الكتب المنزلة.

المنزلة الثانية: سنة تفسر الكتاب، وتبين مراد الله منه وتقيد مطلقة.

المنزلة الثالثة: سنة متضمنة لحكم سكت عنه الكتاب فتبينه بياناً مبتدأ، ولا يجوز رد واحدة من هذه الأقسام الثلاثة، وليس للسنة مع كتاب الله منزلة رابعة.

ويرد على قولهم إذا كان يكتفي بشهادة شاهد، ويمين المدعي ما كان هناك حاجة، لأنه تذكر إحدى المرأتين الأخرى. أن الحاجة إلى إذكار إحداهما الأخرى، إنَّمَا هو فيما إذَا شهدتا، فأما إذا لم تشهدا قامت مقامهما يمين الطالب ببيان السنة الثابتة.

ويرد على الاستدلال بالحديث البينة على من ادعى. أن الحكمة التي من أجلها جعلت البينة على المدعي واليمين على المنكر أن جانب المدعي ضعيف، لأنه يقول خلاف الظاهر. فكلف الحجة القوية، وهي البينة: لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً، ولا تدفع عنها ضرراً. فيقوي بها ضعف المدعي. وجانب المدعى =

....

= عليه قوي، لأن الأصل فراغ ذمته فاكتفى منه باليمين، وهي حجة ضعيفة، لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة. فإذا ما شهد شاهد فقد قوي جانب المدعي فتكون اليمين من جهته. إذْ إنها تكون من جانب أقوى المتداعيين.

ويرد على استدلالهم بقول الرسول ﷺ: «لَوْ أُعْطِيَ ٱلنَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ».

أنه لم يعط بدعواه؟ وإنما أعطى بالشاهد، واليمين تقوية لهذا الشاهد، ولذا لو رجع الشاهد كان الضمان كله عليه.

يرد على الاستدلال بحديث شاهداك أو يمينه، أنه لا يدل على عدم جواز الحكم بشاهد ويمين إلا بالمفهوم، والمانعون لا يقولون به.

الإجابة عما ورد على الأدلة.

أجيب عما ورد على سند الأحاديث التي استدل بها المجوزون: أنّها رويت من طرق كثيرة بعضها صحيح لا مطعن فيه ورواها نَيِّفٌ وعشرون صحابياً. وخرّج مسلم رواية الشاهد واليمين. وأما كونها محتملة فقد رد على ذلك ابن العربي بقوله: «وأظرف ما وجدت لهم في رد الشاهد واليمين أمران. أحدهما أن المراد قضى بيمين المنكر مع شاهد الطالب. والمراد أن الشاهد الواحد لا يكفي في ثبوت الحق فيجب اليمين على المدعى عليه. فهذا المراد بقوله قضى بالشاهد واليمين وتعقبه ابن العربي بأنه جهل باللغة، لأن المعية تقتضي أن تكون من شيئين في جهة واحدة لا في المتضادين. ثانيهما حمله على صورة مخصوصة، وهي أنّ رجلاً اشترى عبداً فادعى المشتري أن به عيباً، وأقام شاهداً واحداً فقال البائع: بعته بالبراءة فيحلف المشتري أنه ما اشتراه بالبراءة، ويرد العبد. وتعقبه بأنها صورة نادرة، ولا يحمل الخبر على النادر. هذا ما أجيب به عما ورد على أدلة المجوزين؟ ولم يجب أحد فيما نعلم عما ورد على أدلة المانعين.

وانتصار المذهب المجوزين. قال أبو عبيد إنَّ القضاء بشاهد، ويمين هو الذي يختاره اقتداء برسول الله ﷺ واقتصاصاً لأثره. وليس ذلك مخالفاً لكتاب الله عند من فهمه. والسنة مفسرة للكتاب ومترجمة عنه. وعلى هذا كثير من الأحكام التي أخذنا بها نحن، ومن خالفنا في الشاهد واليمين كقوله ﷺ: «لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» والرجم على المحصن؟ والنهي عن نكاح المرأة على عمتها أو خالتها، والتحريم من الرضاع ما يحرم من النسب. وقطع الموارثة بين أهل الإسلام، والكفر، وتحريم كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير وعدم قتل الوالد بالولد... في شرائع كثيرة لا يوجد لفظها في ظاهر الكتاب، ولكنها سنن شرعها رسول الله ﷺ ـ فعلى الأمة اتباعها كاتباع الكتاب، وكذلك الشاهد واليمين لما قضى رسول الله ﷺ بهما. وإنّما في الكتاب فرجل وامرأتان، فعلم أنَّ ذلك إذا وجدنا، فإذا عدمنا قامت اليمين مقامهما. كما علم حين مسح النبي ﷺ على الخفين أن قوله تعالى: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ﴾ معناه: أن تكون الأقدام بادية، وكذلك لما رجم المحصن في الزنى علم أن قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾. للبكرين، وكذلك ما ذكرنا من السنن فما بال الشاهد، واليمين ترد من بينها.

وقال ابن تيميّة. القرآن لم يذكر الشاهدين، والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم.

وإنّما ذكر هذين النوعين من البينات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه. ثم قال: وما تحفظ به الحقوق شيء، وما يحكم به الحاكم شيء آخر. فإنَّ طرق الحكم أوسع من الشاهدين والرجل والمرأتين=

....

= فإنَّ الحاكم يحكم بالنكول، ولا ذكر له في القرآن. فإنْ كان الحكم بشاهد ويمين مخالفاً لكتاب الله فالحكم بالنكول أشد مخالفة.

وقال الرّبيع: قال الشافعي: قال بعض الناس في اليمين مع الشاهد قولاً أسرف فيه على نفسه قال: أرد حكم من حكم بهما، لأنه مخالف القرآن. فقلت له: الله أمر بشاهدين، أو شاهد وأمرأتين؟ قال نعم. فقلت أحتم من الله ألا يجوز أقل من شاهدين؟ قال: فإن قلت. قلت فقله. قال قد قلته. قلت: وتجد في الشاهدين اللذين أمر الله بهما حداً. قال نعم. حران مسلمان بالغان عدلان. قلت: ومن حكم بدون ما قلت. خالف حكم الله. قال: «نعم» قلت له: إنْ كان كما زعمت فقد خالفت حكم الله قال وأين؟ قلت أجزت شهادة أهل الذِّمَّةِ. وهم غير الذين شرط الله أن تجوز شهادتهم. وأجزت شهادة القابلة وحدها على الولادة، وهذان وجهان أعطيت بهما من جهة الشهادة؛ ثم أعطيت بغير شهادة في القسامة وغيرها، قلت: والقضاء بالشاهد، واليمين ليس يخالف حكم الله، بل هو موافق لحكم الله إذْ فرض الله طاعة رسوله فاتبعت رسول الله ﷺ فعن الله سبحانه وتعالى ـ قبلت كما قبلت عند رسوله.

وقال الشوكاني؛ إن جميع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين. غير نافق في سوق المناظرة. عند من له إلمام بالمعارف العلمية. وأقل نصيب من إنصاف فالحق أن أحاديث العمل بشاهد ويمين زيادة على ما دل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُم﴾. وعلى ما دل عليه قوله ﷺ. شاهداك أو يمينه. غير منافية للأصل. فقبولها متحتم. وغاية ما يقال على فرض التعارض. وإن كان فرضاً فاسداً أن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين، والحكم بمجردهما، وهذا المفهوم المردود عند أكْثَرِ الأصوليين لا يعارض المنطوق. وهو ما ورد في أحاديث العمل بشاهد ويمين على أنه يقال العمل بشهادة المرأتين مخالف لمفهوم شاهداك أو يمينه. فإنْ قالوا: قَدَّمْنَا على هذا المفهوم منطوق الآية الكريمة قلنا: ونحن قدمنا على ذلك المفهوم منطوق أحاديث الباب هذا على فرض أن الخصم يعمل بمفهوم العدد، فإنْ كان لا يعمل به، فالحجة عليه أوضح وأتم.

بعد أن ذكرنا أدلة الطرفين وما نوقشت به. لا يسعنا إلا أن نقول أن الحكم بشاهد ويمين جائز. إذ يبعد كثيراً أن يختلق أولئك الرواة العديدون على رسول الله ﷺ الحكم بشاهد ويمين. وأيضاً فقد يحصل أن يتعامل بعض الناس ولا يحضره إلا شاهد واحد. أفي مثل هذه الصورة نقول للمدعي إنك قصرت حيث لم تستشهد شاهدين؟ ولذلك قد ضاع حقك. وذهب مالك أم أن العدل كل العدل أن يقضي بالشاهد واليمين في مثل هذا اقتداء برسول الله.

نعم إن الزهري قال في الشاهد واليمين إن هذا بدعة. وأول من أجازه معاوية والزهري من أعلم أهل المدينة في وقته. فلو كان خبر الشاهد واليمين ثابتاً لما خفي عليه. ولكن العقل يجوز أن يخفي الخبر على الزهري مع مكانته العلمية ولا يجوز أن يخطأ نيف وعشرون صحابياً. منهم الخلفاء الأربعة رضوان الله عليهم.

فالحق كما يبدو لنا أن الحكم بشاهد ويمين جائز. والمصلحة داعية إلى الأخذ بهما. هذا ومما نستنكره أن من الأئمة الأجلاء والعلماء الباحثين في هذا الموضوع من وجه إلى مخالفيهم الحنفية ومن وافقهم ألفاظاً تنقص من مكانتهم العلمية.

قال الإمام مالك. بعد أن سرد أن الحكم بشاهد ويمين حكم به الصحابة. قال وإنه ليكفي من ذلك ما =

احتج بما رُوِيَ عن رسول الله - ﷺ -: «أَنَّهُ قَضَىٰ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ»[1]؛ ولأن الشهادة إنما

= مضى من عمل السنة أترى هؤلاء تنقض أحكامهم. ويحكم ببدعتهم. هذا إغفال شديد. ونظر غير سديد.

ويقول القرطبي رد على المانعين. وهذا كله غلط وظن لا يغني من الحق شيئاً وليس من نفى وجهل كمن أثبت وعلم.

ويقول ابن العربي أنه جهل باللغة.

ولئن جاز في عرف البسطاء أن ينالوا من مخالفيهم. وأن ينقصوا من أقدارهم. أثناء بحثهم ونقاشهم. ما كان يجوز مطلقاً أن يحصل هذا ممن لهم منزلتهم ومكانتهم.

ينظر البينة لشيخنا محمد جاب الله.

(١) أخرجه مسلم (٣/١٣٣٧) كتاب الأقضية: باب القضاء باليمين والشاهد حديث (٣/١٧١٢) وأبو داود (٤/ ٣٢) كتاب الأقضية: باب القضاء باليمين والشاهد حديث (٣٦٠٨) والنسائي في «الكبرى» (٣/ ٤٩٠) كتاب القضاء: باب الحكم باليمين مع الشاهد الواحد حديث (٦٠١١) وابن ماجه (٢/٧٩٣) كتاب الأحكام: باب القضاء بالشاهد واليمين حديث (٢٣٧٠) وأحمد (١/٢٤٨، ٣١٥، ٣٢٣) والشافعي (٢/ ١٧٨) كتاب الأقضية رقم (٦٢٧، ٦٢٨) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (١٠٠٦) وأبو يعلى (٤/٣٩٠) رقم (٢٥١١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٤٤) كتاب الأقضية: باب القضاء باليمين مع الشاهد، والبيهقي (١٠/١٦٧) كتاب الشهادات: باب القضاء باليمين مع الشاهد والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٣٤٠ - بتحقيقنا) كلهم من طريق قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس قال: «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وهذا الحديث قد طعن فيه الطحاوي فقال في «شرحه»: أما حديث ابن عباس فمنكر لأن قيس بن سعد لا نعلمه يحدث عن عمرو بن دينار بشيء فكيف يحتجون به في مثل هذا اهـ.

وقد رد عليه البيهقي فقال في «المعرفة» (٧/ ٤٠١ - ٤٠٢): ورأيت أبا جعفر الطحاوي رحمنا الله وإياه أنكره واحتج بأنه لا يعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار بشيء والذي يقتضيه مذهب أهل الحفظ والفقه في قبول الأخبار ما كان قيس بن سعد ثقة والراوي عنه ثقة ثم يروي عن شيخ يحتمله سنه ولقيه غير معروف بالتدليس كان ذلك مقبولاً وقيس بن سعد مكي وعمرو بن دينار مكي وقد روى قيس عن من هو أكبر سناً وأقدم موتاً عن عمرو: عطاء بن أبي رباح ومجاهد بن جبر، وروي عن عمرو من كان في قرن قيس وأقدم لقيامه: أيوب بن أبي تميمة السختياني فإنه رأى أنس بن مالك وروى عن سعيد بن جبير ثم روى عن عمرو بن دينار فمن أين إنكار رواية قيس عن عمرو غير أنه روي عنه ما يخالف مذهب هذا الشيخ ولم يمكنه أن يطعن فيه بوجه آخر فزعم أنه منكر.

وقد روى جرير بن حازم وهو من الثقات عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أن رجلاً وقصته ناقته وهو محرم فذكر الحديث، فقد علمنا قيساً روى عن عمرو بن دينار غير حديث اليمين مع الشاهد فلا يضرنا جهل غيرنا. ثم تابع قيس بن سعد على روايته هذه عن عمرو محمد بن مسلم الطائفي اهـ. قلت: والمتابعة التي أشار إليها البيهقي.

أخرجها أبو داود (٤/ ٣٢) كتاب الأقضية: باب القضاء باليمين والشاهد حديث (٣٦٠٩) والبيهقي (١٠/ ١٦٨) كتاب الشهادات: باب القضاء باليمين مع الشاهد وفي «المعرفة» (٧/ ٤٠٢).

وفي الباب عن أبي هريرة وزيد بن ثابت وجابر وسعد بن عبادة حديث أبي هريرة. =

....

= أخرجه أبو داود (٤/ ٣٤) كتاب الأقضية: باب القضاء باليمين والشاهد حديث (٣٦١٠) والترمذي (٣/ ٦٢٧) كتاب الأحكام: باب اليمين مع الشاهد حديث (١٣٤٣) وابن ماجه (٢/ ٧٩٣) كتاب الأحكام: باب القضاء بالشاهد واليمين حديث (٢٣٦٨) والشافعي (٢/ ١٧٩) كتاب الأقضية: باب (١) حديث (٣٨) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (١٠٠٧) وأبو يعلى (١٢/ ٣٦) رقم (٦٦٨٣) والدارقطني (٤/ ٢١٣) كتاب الأقضية والأحكام حديث (٣٣) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٤٤) كتاب الأقضية: باب القضاء باليمين مع الشاهد، والبيهقي (١٠/ ١٦٨ ـ ١٦٩) كتاب الشهادات: باب القضاء باليمين مع الشاهد، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٣٤١ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.
قال الترمذي: حسن غريب.

وقال أبو داود: وزادني الربيع بن سليمان المؤذن في هذا الحديث قال: أخبرني الشافعي عن عبد العزيز قال: فذكرت ذلك لسهيل فقال: أخبرني ربيعة ـ وهو عندي ثقة أني حدثته إياه ولا أحفظه، قال عبد العزيز: وكان قد أصابت سهيلاً علة أذهبت بعض عقله ونسي بعض حديثه فكان سهيل بعد يحدثه عن ربيعة عن أبيه اهـ.

ومنه نعلم أن سهيل بن أبي صالح حدث به ونسي وهذا لا يضر في صحة الحديث.
قال الحافظ في «الفتح» (٥/ ٢٨٢): ومنها حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد «وهو عند أصحاب السنن ورجاله مدنيون ثقات ولا يضره أن سهيل بن أبي صالح نسيه بعد أن حدث به ربيعة لأنه كان بعد ذلك يرويه عن ربيعة عن نفسه وقصته بذلك مشهورة في سنن أبي داود وغيرها» اهـ.
وللحديث طريق آخر عن أبي هريرة.
أخرجه البيهقي (١٠/ ١٦٩) كتاب الشهادات: باب القضاء باليمين مع الشاهد، من طريق مغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.
وأسند البيهقي عن أحمد أنه قال: ليس في هذا الباب حديث أصح من هذا.
حديث زيد بن ثابت.
أخرجه الطبراني في «الكبير» (٥/ ١٥٠) رقم (٤٩٠٩) والبيهقي (١٠/ ١٧٢) كلاهما من طريق عثمان بن الحكم الجذامي حدثني زهير بن محمد عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.
والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٠٥) وقال: وفيه عثمان بن الحكم الجذامي قال أبو حاتم: ليس بالمتقن وبقية رجاله ثقات.
حديث جابر.
أخرجه أحمد (٣/ ٣٠٥) والترمذي (٣/ ٦٢٨) كتاب الأحكام: باب اليمين مع الشاهد حديث (١٣٤٤) وابن ماجه (٢/ ٧٩٣) كتاب الأحكام: باب القضاء بالشاهد واليمين حديث (٢٣٦٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٤٤ ـ ١٤٥) والدارقطني (٤/ ٢١٢) كتاب الأقضية والأحكام حديث (٢٩) وابن الجارود في «المنتقى» (١٠٠٨) والبيهقي (١٠/ ١٧٠) كتاب الشهادات: باب القضاء باليمين مع الشاهد من طريق عبد الوهاب الثقفي ثنا جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد =

كانت حجة المدعي لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان، فكما يَقَعُ بالشهادة يقع باليمين، فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة، فكان ينبغي أن يكتفي بها، إلا أنه ضم إليها الشهادة نفياً للتهمة.

ولنا: الحديث المشهور والمعقول، ووجه الاستدلال من وجهين: أحدهما أن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ أَوْجَبَ اليمين على المدعى عليه، ولو جعلت حجة المدعي لا تبقى واجبة على المدعى عليه، وهو خلاف النص.

والثاني: أنه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف، فيقتضي استغراق كل الجنس، فلو جعلت حجة

= وقد خولف عبد الوهاب الثقفي في هذا الحديث.
فخالفه الإمام مالك فرواه عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلاً أخرجه مالك (٢/ ٧٢١) كتاب الأقضية: باب القضاء باليمين مع الشاهد حديث (٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٤٥) عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلاً.
وقد توبع مالك على ذلك.
تابعه سفيان الثوري.
أخرجه الطحاوي (٤/ ١٤٥) وتابعه إسماعيل بن جعفر.
أخرجه الترمذي (٣/ ٦٢٨) كتاب الأحكام: باب اليمين مع الشاهد حديث (١٣٤٥).
وقال: وهذا أصح ـ يعني مرسلاً ـ اهـ.
لكن عبد الوهاب لم ينفرد بوصل الحديث كما قال البيهقي: وقد روى عن حميد بن الأسود وعبد الله العمري وهشام بن سعد وغيرهم عن جعفر بن محمد كذلك موصولاً. اهـ.
وللدارقطني كلام ذكره في «علله» في ترجيح الموصول.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٠٠): وقد أطال الدارقطني الكلام على هذا الحديث في «كتاب العلل» قال: وكان جعفر بن محمد ربما أرسل هذا الحديث وربما وصله عن جابر لأن جماعة من الثقات حفظوه عن أبيه عن جابر والقول قولهم لأنهم زادوا وهم ثقات وزيادة الثقة مقبولة اهـ.
حديث سعد بن عبادة.
أخرجه الترمذي (٣/ ٦٢٧) كتاب الأحكام: باب ما جاء في اليمين مع الشاهد حديث (١٣٤٣) والدارقطني (٤/ ٢١٤) كتاب الأقضية والأحكام حديث (٣٧) والبيهقي (١٠/ ١٧١) كتاب الشهادات: باب القضاء باليمين مع الشاهد، من طريق ربيعة بن أبي عبد الرحمن قال: وأخبرني ابن سعد بن عبادة قال: وجدنا في كتاب سعد أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.
وله طريق آخر.
أخرجه الطبراني في «الكبير» (٦/ ١٦) رقم (٥٣٦١) والبيهقي (١٠/ ١٧١) كتاب الشهادات: باب القضاء باليمين مع الشاهد، من طريق سعيد بن عمرو بن شرحبيل بن سعيد بن سعد بن عبادة عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.

المدعي لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه، بل يكون من الأيمان ما ليس بحجة له، وهو يمين المدعي، وهذا خلاف النص.

وَأما الحديث: فقد طعن فيه يحيى بن معين، وقال: لم يصح عن رسول الله ﷺ القضاء بشاهد ويمين؛ وكذا رُوِيَ عن الزهري لما سُئل عن اليمين مع الشاهد، فقال: بدعة، وأول من قضى بهما معاوية ـ رضي الله عنه ـ؛ وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: كان القضاء الأول أن لا يقبل إلاَّ شاهدان، وأول مَنْ قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان، مع ما أنه ورد مورد الآحاد ومخالفاً للمشهور، فلا يقبل، وَإن ثبت أنه قضى بشاهد ويمين إما ليس فيه أنه فيه[1] قضى.

وقد روي عن بعض الصحابة أنه قَضَىٰ بشاهد ويمين في الأمان.

وعندنا يجوز القضاء في بعض أحكام الأمان بشاهد واحد[2] إذا كان عدلاً؛ بأن شهد أنه

(١) في ب: فيم.

(٢) ذهب القاضي شريح وزرارة بن أبي أوفى. ومعاوية إلى جواز الحكم بشهادة الشاهد الواحد إذا ظهر صدقه. وبهذا قال ابن القيم.

وذهب الأئمة الأربعة وكثير من الفقهاء إلى عدم جواز الحكم بشهادة شاهد واحد اللهم إلا في بعض الصور. رآها بعضهم أنها من قبيل الاختيار أو الضرورة: فقيل فيها شهادة شاهد واحد. كما في رؤية هلال رمضان. وكما في المسائل التي ذكرها صاحب التبصرة في القضاء بقول رجل بانفراده وما يجري مجرى ذلك. والتي منها ما إذا تنازع المتبايعان في العيب الخفي. أو في قدم العيب وكان العيب لا يعرفه إلا أهل العلم به. كالأمراض التي تحدث بالناس. فلا يقبل فيه إلا أهل العلم به فإن وجدوا وإلا قبل غيرهم وإن كانوا غير مسلمين. ثم نقل صاحب التبصرة عن المتيطية أن الواحد منهم أو من المسلمين كاف إذ طريق ذلك الخبر لا الشهادة.

ومن المسائل الاكتفاء بقول واحد في تزكية السر. لأن ذلك في الحقيقة أخبار. والخبر يكتفي فيه بالواحد.

ونقل ابن القيم عن المغني ما يأتي:

إذا اختلفا في الجرح هل هو موضحة أم لا أوفى قدره كالهاشمة والمنقلة والمأمومة والسمحاق أو غيرها. أو اختلفا في داء يختص بمعرفة الأطباء أو داء الدابة فظاهر كلام الخرقي أنه إذا قدر على طبيبين أو بيطارين لا يجزىء بواحد منهما. لأنه مما يطلع عليه الرجال فلم يقبل فيه شهادة رجل واحد كسائر الحقوق وإن لم يقدر على اثنين أجزأ واحد منهما لأنه حالة ضرورة فإنه لا يمكن كل أحد أن يشهد به. لأنه مما يختص به أهل الخبرة. فيجعل بمنزلة العيوب تحت الثياب تقبل فيه المرأة الواحدة فقبول قول الرجل في هذا أولى. اهـ.

استدل المانعون بالنصوص التي ورد فيها تقدير العدد. «وأشهدوا ذوي عدل منكم. فاستشهدوا عليهن أربعة منكم. واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان». =

....

= بينت هذه النصوص نصاب الشهادة فلا يجوز الحكم بشاهد واحد إلا إذا كان معه يمين المدعي (على مذهب القائلين بالمشاهد واليمين) عملاً بالآثار التي وردت في الحكم بشاهد ويمين.
واستدل المجوزون بما يأتي:
بحديث خزيمة بن ثابت أن النبي ﷺ. ابتاع فرساً من أعرابي. فأسرع النبي ﷺ المشي وأبطأ الأعرابي: فطفق رجال يعترضون الأعرابي فيساومونه بالفرس. ولا يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه. فنادى الأعرابي رسول الله. إن كنت مبتاعاً هذا الفرس وإلا بعته. فقام النبي عليه الصلاة والسلام حين سمع نداء الأعرابي. فقال: «أو ليس قد ابتعته منك»؟ قال الأعرابي لا والله ما بعتك. فقال النبي «بلى قد ابتعته منك». فطفق الأعرابي يقول هاشم شهيداً. فقال خزيمة بن ثابت أنا أشهد أنك قد بايعته. فأقبل النبي ﷺ على خزيمة. فقال بم تشهد؟ قال بتصديقك يا رسول الله. فجعل النبي ﷺ شهادة خزيمة بشهادة رجلين.
ففي هذا الحديث اكتفى الرسول الأعظم ﷺ بشهادة خزيمة. إذ علم صدقه. فإنه ما قال لخزيمة أحتاج معك إلى شاهد آخر.
قبل النبي ﷺ شهادة الأعرابي وحده على رؤية هلال رمضان.
أجاز النبي ﷺ. شهادة الشاهد الواحد في قصة السلب. ولم يطالب القاتل بشاهد آخر ولا استحلفه.
قبل النبي ﷺ شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ـ وقد شهدت على فعل نفسها. ففي الصحيحين عن عقبة ابن الحارث. قال تزوجت أم يحيى بنت أبي أهاب. فجاءت أمة سوداء. وقالت قد أرضعتكما. فذكرت ذلك للنبي ﷺ. فأعرض عني. قال فتنحيت فذكرت ذلك له. قال «فكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما»؟
ويرد على أدلة المانعين ما يأتي.
إن هذه النصوص لم يرد فيها ما يمنع شهادة الواحد إذا علم صدقه بل سكتت عن حكم شهادته فبينته السنة.
ويرد على أدلة المجوزين ما يأتي.
يرد على حديث خزيمة أنه كان خصوصية له. ورد هذا بأن الأصل عدم الخصوصية وأنه لا معنى لأن ينفرد خزيمة بجواز شهادته وحده. مع أن في الصحابة من هو مثله. أو خير منه. فلو شهد أبو بكر وحده أو عمر أو عثمان أو علي أو أبي بن كعب لكان أولى بالحكم بشهادته وحده.
يرد على الاستدلال بجواز شهادة الأعرابي وحده على رؤية هلال رمضان. أن هذا إخبار وليس بشهادة.
وأجيب بأن هذا أمر لفظي لا يقدح في الاستدلال.
ويرد على الاستدلال بقصة السلب. أنه لا دلالة فيها على جواز الحكم بشاهد واحد. إذ كل ما تضمنته. أن المقر يعامل بإقراره. فالرجل الذي أقر بأن أبا قتادة قد قتل قتيلاً وإن سلبه عنده قد عامله النبي ﷺ بإقراره. وألزمه بدفع السلب لأبي قتادة.
ولكن يمكن أن يقال إن الحادثة تضمنت أمرين إقرار هذا الرجل بأن السلب عنده. وشهادته أن أبا قتادة قد قتل قتيلاً. فألزم النبي ﷺ المقر بإقراره. واعتبر شهادته وحده بينة (ففي هذا الحديث يقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه».
هذا والذي يظهر لنا أن شهادة الواحد إذا علم صدقه جائزة في الأموال وما يماثلها. لأن البينة كما قدمنا هي كل ما يبين الحق ويظهره.
فإذا استبان الحق بشهادة شاهد واحد واطمأن القاضي إلى قوله كان من العدل الحكم بشهادته وحده.
ينظر البينة لشيخنا محمد جاب الله.

أمن هذا الكافر، تقبل شهادته حتى لا يقتل، لكن يسترق، واليمين من باب ما يحتاط فيه، فحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل؛ صيانةً لها عن التناقض، وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعي - رحمه الله - في رده اليمين إلى المدعي عند نكول المدعى عليه؛/ لأن النبي - عليه الصلاة والسلام - ما جعل اليمين حجة إلا في جانب المدعى عليه، فالرد إلى المدعي يكون وضع الشيء في غير موضعه، وهذا حد الظلم، وعلى هذا يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد إذا أقاما البينة أنه لا تقبل بينة ذي اليد؛ لأنها جعلت حجة للمدعي، وذو اليد ليس بمدع، بل هو مدعى عليه، فَلاَ تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم، فخلت بينة المدعي عن المعارض فيعمل بها، وقد تخرج المسألة على أصل آخر نذكره في موضعه إن شاء الله.

وَإذا عرفت أن البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه، فلا بد من معرفة علائقهما وعلائق البينة قد مَرَّ ذكرها في «كتاب الشهادات»، ونذكر هنا علائق اليمين، فنقول وبالله التوفيق:

الكلام في اليمين في مواضع:

في بيان أن اليمين واجبة.

وفي بيان شرائط الوجوب.

وفي بيان الوجوب.

وفي بيان كيفية الوجوب.

وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب.

أما دليل الوجوب فالحديث المشهور؛ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: **«البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ»** و «على» كلمة إيجاب.

وأما شرائط الوجوب، فأنواعٌ: منها: الإنكار[1]؛ لأنها وجبت للحاجة إلى دفع التهمة،

---

(١) وصورته: أن يدعي عليه عشرة دراهم مثلاً، فإذا قال مجيباً:
لا تلزمني هذه العشرة، ولا شيء منها، أو لا يلزمني تسليم عشرة دراهم إليه، ولا شيء منها، أو لا يستحق علي عشرة دراهم، ولا شيئاً منها، فكل ذلك جواب صحيح.
ولا بد أن يقول في الجواب: ولا شيئاً منها على الأصح من مذهب الشافعي.
وقال القاضي حسين: لا يحتاج المنكر في الإنكار أن يقول: ولا شيء منها، بل ذلك يكون في اليمين.
وليس بصحيح، لأن مدعي العشرة مدع بكل جزء منها، فلا بد من نفي جميع ما يدعي عليه، أو الإقرار بجميعه، أو إنكار بعضه، والإقرار ببعضه. ينظر أدب القضاء (١/ ٤٧٤).

وهي تهمة الكذب في الإنكار، فإذا كان مقرًا لا حاجة؛ لأن الإنسان لا يتهم في الإقرار على نفسه.

ثم الإنكار نوعان: نَصٌّ، ودلالَةٌ.

أما النص: فهو صريح الإنكار، وأما الدلالة: فهو السكوت عن جواب المدعي من غير آفة؛ لأن الدعوى أوجبت الجواب عليه.

والجواب نوعان: إقرار وإنكار، فلا بد من حمل السكوت على أحدهما، والحمل على الإنكار أَوْلَى؛ لأن العاقل المتدين لا يسكت عن إظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه، وقد يسكت عن إظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه، فكان حمل السكوت على الإنكار أَوْلَى، فكان السكوت إنكاراً دلالة.

ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر، ولكنه قال: لا أقر، ولا أنكر، وأصر على ذلك؟! اختلف المشايخ فيه، قال بعضُهم: هذا إنكار، وقال بعضُهم: هذا إقرار، والأول أشبه؛ لأن قوله لا أنكر إخبار عن السكوت عن الجواب، والسكوت إنكار عَلَىٰ مَا مَرَّ.

ومنها: الطلب من المدعي؛ لأنها وَجَبَتْ على المدعى عليه حَقًّا للمدعي، وحق الإنسان قبل غيره واجب الإيفاء عند طلبه.

ومنها: عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة، وعندهما ليس بشرط؛ حتى لو قال المدعي: لي بينة حاضرة، ثم أراد أن يحلف المدعى عليه، ليس له/ ذلك عنده، وعندهما له ذلك. ب

وجه قولهما إن اليمين حجة المدعي كالبينة[1]، ولهذا لا تجب إلا عند طلبه، فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء.

---

(١) هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره. سواء أكان أمارات، أم قرائن، أم شهوداً.
ونحن إذا استقرينا الشرع وجدناه قد اعتبر الأمارات والقرائن، وأقامها مقام الشهود.
يدل على ذلك: ما رواه ابن ماجه وغيره عن جابر بن عبد الله. قال: أردت السفر إلى خيبر فأتيت النبي ﷺ ـ فقلت له: إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً. فإذا طلب منك آية فضع يدك على ترقوته. فهذا اعتماد في الدفع إلى الطالب على مجرد العلامة وإقامة لها مقام الشاهد.
ومثل هذا ما وقع في غزوة بدر لابني عفراء لما تداعيا قتل أبي جهل. فقال لهما رسول الله ﷺ ـ «هل مسحتما سيفيكما»؟ فلما نظر إليهما قال: «هذا قتله»، وقضى له بسلبه. فاعتمد على الأثر في السيف.
وجعل صلى الله تعالى عليه وسلم معرفة القصاص والوكاء قائمة مقام البينة.
وورد في الصحيح: قوله ﷺ في غزوة حُنين «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً لَهُ عَلَيْهِ بينةٍ، فَلَهُ سَلَبُهُ». قال أبو قتادة: «فقمت فقلت: من يشهد لي بذلك؟ ثم جلست، ثم قال رسول الله ﷺ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَهُ =

ولأبي حنيفة أن البينة في كونها حجة المدعي كالأصل؛ لكونها كلام غير الخصم واليمين كالحلف عليها[1]؛ لكونها كلام الخصم، فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه،

= سُلَبُهُ». فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست. ثم قال ذلك الثالثة. فقمت. فقال ﷺ: «مَا لَكَ يَا أَبَا قَتَادَةَ. فَٱقْتَصَصْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ». فقال رجل من القوم: «صدق يا رسول الله ﷺ وسلب ذلك القتيل عندي». فارض منه يا رسول الله. فقال أبو بكرٍ لاَهَا الله إذا. لا يعمد إلى أسدٍ من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه. فقال رسول الله ﷺ صدق فأعطه إيَّاهُ. فأعطانيه. فبعت الدرع فاشتريت به مخْرَفاً في بني سَلَمَة فإنَّه لأوَّلُ مال تأثَّلته في الإسلام.

يستدل بهذا على أنه تقبل شهادة الشاهد الواحد متى ظهر صدقه. وغير ذلك من الأمثلة كثيرة، من نظر فيها علم أن الشريعة لا تعول إلا على ظهور الحق فمتى استبان وأسفرت طريق العدل. فثم شرع الله ودينه.

قصر الفقهاء على خصوص الشاهدين أو الشاهد واليمين.

ولم يرتض ابن القيم هذا القصر منهم. وقال إن البينة في كلام الله وكلام رسوله وكلام الصحابة: اسم لكل ما يبين الحق ويظهره. فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين، أو الشاهد واليمين، ثم قال: ولا حَجْرَ في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه، فيقع بذلك الغلط في فهم النصوص. وحملها على غير مراد المتكلم منها. وقد حصل للمتأخرين أغلاط شديدة في فهم النصوص ونذكر من ذلك مثالاً واحداً، وهو ما نحن فيه. لفظ البينة. فإنها في كتاب الله: أسم لكل ما يبين الحق كما قال تعالى: ﴿لقد أرسلنا رسلنا بالبينات﴾، وقال: ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾. وقال: ﴿قل إني على بينة من ربي﴾ وقال: ﴿أو لم تأتهم بينة ما في الصحف الأولى﴾.

وهذا كثير لم يختص لفظ البينة بالشاهدين، ولا استعمل في الكتاب فيهما ألبتة إذا عرف هذا فقول النبي ﷺ: ألك بينة؟ وقول عمر: «البينة على المدعي» وإن كان هذا روي مرفوعاً المراد به ألك ما يبين الحق من شهود: أو دلالة؟ فإنَّ الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه. وشواهد له. ولا يرد حقاً قد ظهر بدليله أبداً فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها. ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق، أو رجحانه عليه رجحاناً لا يمكن جحده ولا دفعه، كترجيح شاهد الحال على مجرد السيد في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة، وأخر خلفه مكشوف الرأس يعد وأثره ولا عادة له بكشف رأسه. فبينة الحال أو دلالة هنا يفيد أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد، فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة، والدلالة. ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته. بل لما ظن هذا من ظن. ضيعوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره، فيفعل ما يريد، ويقول لا يقوم علي بذلك شاهدان اثنان فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده. وحينئذٍ أخرج الله أمر الحكم العملي عن أيديهم، وأدخل فيه من أمر السياسة ما يحفظ به الحق تارة، ويضيق به أخرى، ويحصل به العدوان تارة، والعدل أخرى ولو عرف ما جاء به الرسول على وجهه لكان فيه تمام المصلحة المغنية عن التفريط والعدوان.

ينظر البينة لشيخنا محمد جاب الله، وأعلام الموقعين ص ١٠٤ وما بعدها.

(١) في ب: عنها.

ليس له ذلك، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف.

ومنها: أن لا يكون المُدَّعي حقًّا لله - عزّ وجلّ - خالصاً، فلا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقًّا لله - عزّ وجلّ -؛ كحد الزنا والسرقة والشرب؛ لأن الاستحلاف لأجل النكول، ولا يقضى بالنكول في الحدود الخالصة؛ لأنه بذل عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما إقرار فيه شبهة العدم، والحدود لا تحتمل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهه؛ لهذا لا تثبت بشهادة النساء، والشهادة على الشهادة، إلاَّ أن في السرقة يحلف على أخذ المال؛ وكذا لا يمين في اللعان؛ لأنه جار مجرى الحد.

وأما حد القذف فيجري فيه الاستحلاف في ظاهر الرواية؛ لأنه ليس من الحدود المتمحضة حقًّا لله تعالى، بل يشوبه حق العبد فأشبه التعزير، وفي التعزير يحلف؛ كذا هذا ويجري الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف؛ لأن القصاص خالص حق العبد.

ومنها: أن يكون المُدَّعِي محتملاً للإقرار به شرعاً؛ بأن كان لو أقر به لصح إقراره به، فإن لم يَكُنْ لم يجر فيه الاستحلاف، حتى أن مَنِ ادعى على رجلٍ أنه أخوه، ولم يدع في يده ميراثاً فأنكر، لا يحلف؛ لأنه لو أقر له بالأخوة لم يجز إقراره؛ لكونه إقراراً على غيره، وهو أبوه.

ولو ادعى أنه أخوه وأن في يده مالاً من تركة أبيه، وهو مستحق لنصفه بإرثه من أبيه [فأنكر]، يحلف لأجل الميراث لا للأخوة؛ لأنه لو أقر أنه أخوه، صح إقراره في حق الإرث حتى يؤمر بتسليم [نصف][1] الميراث إليه، ولم يصح في حق النسب حتى لا يقضي بأنه أخوه.

وعلى هذا عَبدٌ في يدِ رجل ادعاه رجلان، فأقر به لأحدهما، وسلم القاضي العبد إليه، فقال الآخر: لا بينة لي، وطلب من القاضي تحليف المقر، لا يحلفه في عين العبد؛ لأنه لو أقر به لكان إقراره باطلاً، فإذا أنكر لا يحلف إلا أن يقول الذي لم يقر له: إنك أتلفت عليَّ العبد بإقرارك به لغيري، فاضمن قيمته/ لي، يحلف المقر بالله - تعالى - ما عليه رد قيمة ذلك العبد على هذا المدعي، ولا رد شيء منها، لأنه لو أقر بإتلافه لَصَحَّ وضمن القيمة، فإذا أنكر يستحلفه.

وَلو ادعى على رَجُل أنه زوجه ابنته الصغيرة، وأنكر الأب، لا يحلف عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لطريقين:

---

(١) سقط من ب. (٢) سقط من ب.

أحدُهما أنه لو أقر به لا يصح إقراره به عنده، فإذا أنكر لا يستحلف.

والثاني أن الاستحلاف لا يجري في النكاح، وعندهما يجري، لكن عند أبي يوسف يحلف على السبب، وعند محمد على الحاصل، والحكم على ما نذكره في موضعه.

هذا إذا كانت صغيرة عند الدعوى، فإن كَانَتْ كبيرة وادَّعَىٰ أن أباها زوجها إياه في صغرها، لا يحلف عند أبي حنيفة؛ لما قلنا من الطريقين، وعندهما لا يحلف أيضاً لأحد طريقين، وهو أنه لو أقر عليها في الحال لا يصح إقراره، ولكن تحلف المرأة عندهما لأنها لو أقرت لصح إقرارها، وعندهما الاستحلاف يجري فيه، لكن عند أبي يوسف تحلف على السبب بالله ـ عزَّ وجلَّ ـ ما تعلم أن أباها زوجها وهي صغيرة إلا عند التعرض، فتحلف على الحكم؛ كما قال محمد.

ولو ادعت امرأة على رجلٍ أنه زوجها عبده، فأنكر المولى، لا يحلف عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لطريقين:

(أحدهما): أنه لو أقر عليه لا يصح إقراره.

(والثاني): أنه لا استحلاف في النكاح عنده، وعندهما لا يحلف أيضاً؛ لكن لطريق واحدٍ، وهو أنه لو أقر عليه لا يصح إقراره، ولو ادعى رجل على رجل أنه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبي حنيفة، وعندهما يحلف لطريق واحد، وهو أن الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده، وعندهما يجري.

ومنها: أن يكون المدعي مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملاً للإقرار، وعندهما أن يكون مما يحتمل الإقرار، سواء احتمل البذل أو لا.

وعلى هذا يخرج اختلافهم في الأشياء السبعة؛ أنها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة، وهي النكاح، والرجعة، والفيء في الإيلاء، والنسب، والرق، والولاء، والاستيلاد.

أما النكاح: فهو أن يدعي رجلٌ على امرأة أنها امرأته، أو تدعي امرأة على رجلٍ أنه زوجها، ولا بينة للمدعي وطلب يمين المنكر.

وأما الرجعة: فهو أن يقولَ الزوجُ للمطلقة بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتك، وأنكرت المرأة، وعجز الزوج عن إقامة البينة، فطلب يمينها.

وأما الفيء في الإيلاء: فهو أن يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر، فقال: قد كنت فئت إليك بالجماع؛ فلم تبيني، فقالت لم تفيء إلي [وبِنتُ]، ولا بينة للزوج، فطلب يمينها.

وأما النسب: فنحو أن يدعي على رجلٍ أنه أبوه أو ابنه، فأنكر الرجل، ولا بينة له وطلب يمينه، وأما الرق فهو أن يدعي على رجلٍ أنه عبده، فأنكر وقال: إنه حُرُّ الأصل، لم يجر عليه رق أبداً، ولا بينة للمدعي، فطلب يمينه.

وأما الولاء فإنه يدعي على امرأة أنه أعتق أباها، وَأن أباها مات وولاؤه بينهما نصفان، فأنكرت أن يكون أعتقه، وأن يكون ولاؤه ثابتاً منه، ولا بينة للمدعي، فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء.

وأما الاستيلاد: فهو أن تدعي أمة على مولاها، فتقولُ: أنا أم ولد لمولاي وهذا ولدي، فأنكر المولى.

لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة، وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في الفصول الستة، وفي الاستيلاد لا يتصور إلا من جانب واحد؛ وهو جانب الأمة، فأما جانب المولى فلا تتصور الدعوى؛ لأنه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى، وهذا بناء على ما ذكرنا أن النكول بذل عنه، وهذه الأشياء لا تحتمل البذل، وعندهما إقرار فيه شبهة، وهذه الأشياء تثبت بدليل فيه شبهة.

وجه قولهما إن نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في إنكاره؛ لأنه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة، فكان النكول إقراراً دلالة، إلاَّ أنه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم، وهذه الأشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم؛ ألا ترى أنها تثبت بالشهادة على الشهادة، وشهادة رجل وامرأتين.

وَلأبي حنيفة أَنَّ النكولَ يحتمل الإقرار، لما قلتم، ويحتمل البذل؛ لأن العاقل الدين كما يتحرج[١] عن اليمين الكاذبة، يتحرج[٢] عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعي، إلاَّ أن حمله على البذل أولى؛ لأنَّا لو جعلناه إقراراً لكذبناه لما فيه من الإنكار، ولو جعلناه بذلاً لم نكذبه؛ لأنه يصير في التقدير كأنه قال: ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه، ولا أنازعك فيه، فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب، وَإذا ثبت أن النكول بذل، وهذه الأشياء لا تحتمل البذل [والإباحة][٣] فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف؛ لأنه إنما يستحلف المدعي لينكل المدعى عليه، فيقضي عليه، فإذا لم يحتمل النكول لا/ يحتمل التحليف.

---

(١) في ب: يتحرز.
(٢) في ب: يتحرز.
(٣) سقط من ط.

فصل في بيان كيفية اليمين

وَأمَّا بيان كيفية اليمين، فالكلام فيه يتعلق بموضعين.

أحدهما: في بيان صفة التحليف نفسه أنه كيف يحلف.

والثاني: في بيان صفة المحلوف عليه أنه على ماذا يحلف.

أما الأول فالأمرُ لا يخلو إما إن كان الحالف مسلماً، وَإما إن كان كافراً، فَإن كان مسلماً فيحلفه القاضي بالله تعالى إن شاء من غير تغليظ؛ لما روي: «**أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ حَلَّفَ يَزِيدَ بْنَ رُكَانَةَ أَوْ رُكَانَةَ بْنَ عَبْدِ يَزِيدَ بِالله عَزَّ وجَلَّ مَا أَرَدتُ بِالبَتَّةِ ثَلاَثاً**»[1]، وإن شاء غلظ؛ لأن الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فإنه، روي أن رسول الله ﷺ حلف ابن صوريا الأعور وغلظ، فقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى ـ عليه الصلاة والسلام ـ أن حد الزنا في كتابكم هذا.

وقال مشايخنا: ينظر إلى حال الحالف إن كان ممن لا يخاف منه الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة، يكتفي فيه بالله ـ عزَّ وجلَّ ـ من غير تغليظٍ، وَإن كان/ ممن يخاف منه ذلك تغلظ؛ لأن من العوام مَنْ لا يبالي عن الحلف بالله ـ عَزَّ وجلَّ ـ كاذباً، فإذا غلظ عليه اليمين يمتنع، وقال بعضُهم: إن كان المال المدعي يسيراً يكتفي فيه بالله ـ عزَّ وجلَّ ـ، وَإن كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة، الرحمٰن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية؛ ونحو ذلك مما يعد تغليظاً في اليمين، وَإن كان الحالف كافراً؛ فإنه يحلف بالله ـ عزَّ وجلَّ ـ أيضاً، ذميًّا كان أو مشركاً؛ لأن المشركين لا ينكرون الصانع، قال الله ـ تبارك وتَعَالَىٰ، جلَّ شأنه ـ: ﴿**وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَوَاتِ والأَرْضِ لَيَقُولُنَّ الله**﴾ [لقمان: ٢٥] فيعظمون اسم الله تعالى عزَّ شأنه، ويعتقدون حرمته[2] إلا الدهرية والزنادقة وأهل الإباحة، وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على إظهار نحلتهم في عصر من الأعصار إلى يومنا هذا، ونرجو من فضل الله ـ عَزَّ وجلَّ ـ على أمة حبيبه ـ ﷺ ـ أن لا يقدرهم على إظهار ما انتحلوه إلى انقضاء الدنيا، وَإن رأى القاضي ما يكون تغليظاً في دينه فعل؛ لما روينا أن رسول الله ﷺ غلظ على ابن صوريا، دَلَّ أن كل ذلك سائغ فيغلظ على اليهودي بالله تعالى ـ عزَّ وجلَّ ـ الذي أنزل التوراة على سيدنا

(١) تقدم تخريجه في الطلاق.

(٢) في طـ: حرمة الإله.

موسى ـ عليه الصلاة والسلام ـ[١]، وعلى النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على سيدنا عيسى ـ عليه الصلاة والسلام ـ[٢]، وعلى المجوسي بالله الذي خلق النار[٣]، ولا يحلف على الإشارة/ ب إلى مصحف معين بأن يقول بالله الذي أنزل هذا الإنجيل، أو هذه التوراة؛ لأنه قد ثبت تحريف بعضها، فلا يؤمن أن تقع الإشارة إلى المحرف، فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله ـ عزَّ وجلَّ ـ، ولا يبعث هؤلاء إلى بيوت عبادتهم من البيعة والكنيسة وبيت النار؛ لأن فيه تعظيم هذه المواضع؛ وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا.

---

(١) مذهب الشافعية تغليظ اليمين على الكافر إن كان يهودياً احلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق.
وهذا اللفظ يحلف به في كل يمين مخففة أو مغلظة، ولا يحلفه بإيمانهم، بقولهم اهيا اشر اهيا، ولا بالعشر كلمات.
وتغليظ اليمين في حقه بالمكان في بيعهم، وبالزمان في أشرف وقت لصلواتهم. ينظر أدب القاضي ١/ ٥٥٠ ـ ٥٥١.

(٢) وإن كان نصرانياً احلفه بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، الذي أبرأ به الأكمه والأبرص، وأحيا له الموتى.
وتغليظه اليمين في حقه بالمكان في الكنائس، وبالزمان في أشرف وقت لصلواتهم. ينظر أدب القضاء (١/ ٥٥١ ـ ٥٥٢).

(٣) مذهب الشافعية في تحليف المجوس أن يحلف بالله الذي خلقه ورزقه وصوره.
وهل يحلفه بالله الذي خلق النور والنار؟ فيه وجهان.
فإن تغلظت اليمين عليه، فأجل الأمكنة عندهم بيت النار، فهل تغلظ به؟ فيه وجهان ذكرهما الماوردي والمراوزة. واختار القاضي أبو الطيب أنه لا تغلظ يمينه به، لأنهم لا يعظمون بيت النار، وإنما يعظمون النار، ولم يحك فيه خلافاً.
وأما الزمان، فلا صلوات لهم مؤقتات، بل لهم زمزمة يرونها قربة، فإن كانت مؤقتة احلفوا في أعظم أوقاتها عندهم، وإلا سقط عنهم تغليظ إيمانهم بالزمان، إلا أنهم يرون النهار أشرف من الليل، لأن النور عندهم أشرف من الظلمة، فيحلفون في النهار.
وإن كان الحالف وثنياً، ولم يحلفه بما يعظمه من الأوثان، ولا بالذي خلقها بل يحلفه بالله الذي خلقه ورزقه وأحياه.
ويسقط عنهم تغليظ إيمانهم بالمكان، إذ لا مكان لهم، وبالزمان، إلا أن لهم يوماً يرونه أشرف الأيام، فإن بعد أو تأخر لم تؤخر اليمين.
وإن كان الحالف دهرياً، لا يعتقد خالقاً، ولا معبوداً، أحلف بالله الخالق الرازق.
فإن قيل: لا ينزجر بها، فما الفائدة.
قلنا: فيه فائدتان.
إحداهما: إجراء حكماً عليهم قال الله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾.
والثانية: أن يزاد بها إثماً، ويدركه شؤمها، فربما ينعجل بها انتقام. ينظر أدب القضاء ١/ ٥٥٢ ـ ٥٥٤.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إنْ كَانَ بالمدينة يحلف عند المنبر، وَإن كان بمكة يحلف عند الميزاب، ويحلف بعد العصر.

والصحيحُ قولنا، لما روينا من الحديث المشهور، وهو قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلى المُدَّعَى عَلَيهِ**» مطلقاً عن الزمان والمكان، وروي أنه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار إلى مروان بن الحكم، فقضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر، فقال له زيد: احلف له مكاني، فقال له مروان: لا والله، إلا عند مقاطع الحقوق، فجعل زيد يحلف أن حقه لحق، وأبى أن يحلف عند المنبر، فجعل مروان يعجب من ذلك، ولو كان ذلك لازماً [لما احتمل][1] أن يأباه زيد بن ثابت؛ ولأن تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى، وفيه معنى الإشراك في التعظيم، والله ـ عز وجل ـ أعلم.

وأما بيان صفة المحلوف عليه أنه على ماذا يحلف، فنقول: الدعوى لا تخلو إما إن كانت مطلقة عن سبب، وإما إن كانت مقيدة بسبب، فإنْ كانت مطلقة عن سبب بأن ادعى عبداً أو جاريةً أو أرضاً وأنكر المدعى عليه، فلا خلاف في أنه يحلف على الحكم، وهو ما وَقَعَ فيه الدعوى، فيقال: بالله ما هذا العبد، أو الجارية أو الأرض لفلانٍ هذا، ولا شيء منه، وَإنْ كانت مقيدة بسبب بأن ادعى أنه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً، وأنكر المدعى عليه، فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في أنه يحلف على السبب أو على الحكم.

قال أبو يوسف: يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه ألفاً، أو ما غصبته ألفاً، أو ما أودعني ألفاً، إلا أنْ يعرض المدعى عليه ولا يصرح، فيقول قد يستقرض الإنسان، وقد يغصب، وقد يودع، ولا يكون عليه؛ لما أنه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة، وأنا لا أبين ذلك؛ لئلا يلزمني شيء، فحينئذٍ يحلف على/ الحكم. أ

وقال محمد: يحلف على الحكم من الابتداء: بالله ما له عليك هذه الألف التي ادعى.

وجه قول محمدٍ أن التحليف على السبب تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى؛ لجواز أنه وجد منه السبب، ثم ارتفع بالإبراء أو بالرد، فلا يمكنه الحلف على نفي السبب، ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال، فكان التحليف على الحكم أولى.

وجه قول أبي يوسف ما روي: «**أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ حَلَّفَ اليَهُودَ بِالله**»[2] وفي باب

(١) في ب: لاحتمل.
(٢) تقدم.

القسامة على السبب؛ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ: «بالله مَا قَتَلْتُمُوهُ وَلاَ عَلِمْتُمْ لَهُ قَاتِلاً»[١] فيجب الاقتداء به؛ ولأن الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى، والداخل تحت الدعوى في هذه الصورة مقصوداً هو السبب، فيحلف عليه، فبعد ذلك إن أمكنه الحلف على السبب حلف عليه، وَإن لم يمكنه وعرض، فحينئذٍ يحلف على الحكم.

وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء إذا أنكر المدعى عليه، فعند أبي يوسف يحلف على السبب بالله - عز وجل - ما بعته هذا الشيء إلاَّ أن يعرض الخصم، والتعريض في هذا أن يقول: قد يبيع الرجل الشيء، ثم يعود إليه بهبة أو فسخ أو إقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية، وأنا لا أبين ذلك كي لا يلزمني شيء، فحينئذٍ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائمٌ أو شراء قائم. بهذا السبب الذي يدعي؛ وهكذا يحلف على قول محمد.

وعلى هذا دعوى الطلاق؛ بأن ادعت امرأة على زوجها أنه طلقها ثلاثاً، أو خالعها على كذا، وأنكر الزوج ذلك، يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله - عز وجل - ما طلقها ثلاثاً، أو ما خالعها، إلاَّ أن يعرض الزوج، فيقول الإنسان قد يخالع امرأته ثم تعود إليه، وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود إليه بعد زوج آخر، فحينئذٍ يحلف بالله - عز وجل - ما هي حرام عليك بثلاث تطليقات، أو بالله - عز وجل - ما هي مطلقة منك ثلاثاً، أو ما هي حرام عليك بالخلع، أو ما هي بائن منك؛ ونحو ذلك من العبارات، وهكذا يحلف على قول محمد.

وعلى هذا دعوى العَتَاق في الأمة؛ بأن ادعت أمة على مولاها أنه أعتقها وهو منكرٌ، عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله - عز وجل - ما أعتقها، إلا أن يعرض؛ لأنه يتصور النقض في هذا والعود إليه؛ بأن ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سباها/ أو سباها غيره ب فاشتراها، فحينئذٍ يحلف كما قاله محمد، ولو كان الذي يدعي العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله - عزَّ وجلَّ - ما أعتقه في الرق القائم للحال في ملكه، لانعدام تصور التعريض؛ لأن العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق؛ حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم؛ لاحتمال العود إلى الرق؛ لأن الذمي إذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق، بخلاف المسلم؛ فإنه يجبر على الإسلام ويقتل إن أبى ولا يسترق.

وعلى هذا دعوى النكاح، وهو تفريع على قولهما؛ لأنَّ أَبَا حنيفةَ لا يرى الاستحلاف فيه، فيقول الدعوى لا تخلو إما أن تكون من الرجل أو من المرأة، فإن كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح، فعند أبي يوسف يحلف على السبب إلا أن يعرض لاحتمال الطلاق

(١) انظر تخريجه في باب القسامة.

والفرقة بسبب ما، فحينئذٍ يحلف على الحكم بالله - عز وجل - ما بينكما نكاح قائم؛ كما هو قول محمد.

وأما عند أبي حنيفة لو قال الزوج: أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعاً سواها، فإن القاضي لا يمكنه من ذلك؛ لأنه إقرار لهذه المرأة أنها امرأته، فيقول له: إن كنت تريد ذلك فطلق هذه، ثم تزوج أختها أو أربعاً سواها، وَإن كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فأنكر، فعند أبي يوسف يحلف على السبب إلا أن يعرض، فيحلف على الحكم؛ كما قاله محمد.

فأما عند أبي حنيفة لو قالت المرأة إني أريد أن أتزوج، فإن القاضي لا يمكنها من ذلك؛ لأنها قد أقرت أن لها زوجاً، فلا يمكنها من التزوج بزوج آخر، فإن قالت: ما الخلاص عن هذا، وقد بقيت في عهدته أبد الدهر وليست لي بينة، وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة، فإنه يقول القاضي للزوج طلقها، فإن أبى أجبره القاضي عليه، فإن قال الزوج: لو طلقتها للزمني المهر، فلا أفعل ذلك، يقول له القاضي: قل لها: إن كنت امرأتي فأنت طالق، فتطلق لو كانت امرأتك، وَإن لم تكن فلا، ولا يلزمك شيء؛ لأن المهر لا يلزم بالشك، فإنْ أبى يجبره على ذلك، فإذا فعل تخلص عن تلك العهدة، ولو كانت الدعوى على إجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة، فعند أبي يوسف يحلف على السبب إلا إذا عرض.

وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال، وعند أبي حنيفة/ ما كان صحيحاً - وهو الإجارة - يحلف، وما كان فاسداً - وهو المعاملة والمزارعة - لا يحلف أصلاً؛ لأن الحلف بناء على الدعوى الصحيحة، ولم تصح عنده.

ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ؛ بأن ادعى على رجلٍ أنه قتل أباه خطأ، وأنه وجبت الدية فأنكر المدعى عليه، يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت، إلا إذا عرض، وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية، ولا على عاقلتك، وَإنما يَحْلِفُ على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ؛ أنها تجب على العاقلة ابتداء، أو تجب على القاتل، ثم تتحمل عنه العاقلة، فإن حلف برىء، وإن نكل يقضي عليه بالدية في ماله؛ على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

فصل في حكم أدائه

وأما حكم أدائه، فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً، بل موقتاً إلى غاية إحضار البينة عند عامة العلماء.

وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الإطلاق حتى لو أقام المدعي البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة، وعند بعضهم لا تقبل؛ لأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية

الاستحلاف؛ فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البينة، والجامع أن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما، والصحيح قول العامة؛ لأن البينة هي الأصل في الحجة؛ لأنها كلام الأجنبي.

فأما اليمين فكالحلف عن البينة؛ لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الحلف، فكأنه لم يوجد أصلاً، ولو قال المدعي للمدعى عليه احلف وأنت بريء من هذا الحق الذي ادعيته، أو أنت بريء من هذا الحق، ثم أقام البينة، قبلت بينته؛ لأن قوله: «أنت بريء» يحتمل البراءة للحال، أي: بريء عن دعواه وخصومته للحال، ويحتمل البراءة عن الحق، فلا يجعل إبراء عن الحق بالشك، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

(فصل): وأما حكم الامتناع عن تحصيله، فالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين، فإن كان ذلك في دعوى المال يقضي عليه بالمال عندنا، لكن ينبغي للقاضي أن يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك؛ لجواز أن يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول، أو يكون عنده أن القاضي لا يرى القضاء بالنكول، أو لحقه حشمة القضاة ومهابة المجلس في المرة الأولى، فكان الاحتياط أن يقول له ذلك، فإن نكل/ عن ب اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً، فإن القاضي يقضي عليه عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ لا يقضي بالنكول، ولكن برد اليمين إلى المدعي، فيحلف فيأخذ حقه.

احتج الشافعي ـ رحمه الله ـ بقول النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ» جعل البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه، ولم يذكر ـ عليه الصلاة والسلام ـ النكول، فلو كان حجة المدعي لذكره، والمعقول أنه يحتمل أنه نكل لكونه كاذباً في الإنكار، فاحترز عن اليمين الكاذبة، ويحتمل أنه نكل مع كونه صادقاً في الإنكار تورعاً عن اليمين الصادقة، فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال، لكن يرد اليمين إلى المدعي ليحلف فيقضي له؛ لأنه ترجح جنبه الصدق في دعواه بيمينه، وقد ورد الشرع برد اليمين إلى المدعي، فإنه روي أن سيدنا عثمان ـ رضي الله عنه ـ ادعى على المقداد مالاً بين يدي سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ فأنكر المقداد، وتوجهت عليه اليمين، فرد اليمين على سيدنا عثمان، وسيدنا عمر جَوَّز ذلك[1].

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٠٣): «قال البيهقي في «كتاب المصرفة» في كتاب أدب القاضي: قال الشافعي رحمه الله: بلغني أن عثمان بن عفان ردت عليه اليمين فافتداها بمال وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال: هذا بيمينه وقال في آخر الباب وفي كتاب استخرج لأبي الوليد بإسناد صحيح عن الشعبي: وفيه إرسال أن رجلاً استقرض من عثمان بن عفان سبعة آلاف درهم فلما تقاضاه قال له: إنما هي أربعة آلاف فخاصمه إلى عمر فقال تحلف أنها سبعة آلاف؟ فقال عمر: أنصفك فأبى عثمان أن يحلف فقال له عمر: خذ ما أعطاك» اهـ.

ولنا ما روي أن شريحاً قضى على رجل بالنكول، فقال المدعى عليه: أنا أحلف، فقال شريح مضى قضائي، وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله - ﷺ -، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكرٌ، فيكون إجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول، ولأنه ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له؛ كما لو أقام البينة.

ودلالة الوصف أن المانع من ظهور الصدق في خبره إنكاره المدعى عليه، وقد عارضه النكول؛ لأنه كان صادقاً في إنكاره، لما نكل فزال المانع للتعارض، فظهر صدقه في دعواه.

وقوله يحتمل أنه نكل تورعاً عن اليمين الصادقة، قلنا هذا احتمال نادر؛ لأن اليمين الصادقة مشروعة، فالظاهر أن الإنسان لا يرضى بفوات حقه تحرزاً عن مباشرة أمر مشروع، ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعاً؛ ألا يرى/ أن البينة حجة القضاء بالإجماع، وإن كانت محتملة في الجملة؛ لأنها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب، لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب؛ كذا هذا.

وأما الحديث فنقول: البينةُ حجة المدعي، وهذا لا ينفي أن يكون غيرها حجة، وقوله لو كان حجة لذكره، قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم، ويحتمل أنه لم يذكره نصًا مع كونه حجة، تسليطاً للمجتهدين على الاجتهاد؛ ليعرض كونه حجة/ بالرأي والاستنباط، فلا يكون حجة مع الاحتمال، وأما رد اليمين على المدعي، فليس بمشروع لما قلنا من قبل.

وأما حديث المقداد فلا حجة فيه؛ لأن فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه، وهو خارج عن أقاويل الكل، فكان مؤولاً عند الكل، ثم تأويله أن المقداد - رضي الله عنه - ادعى الإيفاء، فأنكر سيدنا عثمان - رضي الله عنه - فتوجهت اليمين عليه، ونحن به نقول.

هذا إذا نكل عن اليمين في دعوى المال، فإن كان النكول في دعوى القصاص، فنقول: لا يخلو إما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس، وإما أن تكون فيما دون النفس، فإن كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضي فيه لا بالقصاص ولا بالمال؛ لكنه يحبس حتى يقر أو يحلف أبداً، وإن كان الدعوى في القصاص في الطرف، فإنه يقضي بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ، وعندهما لا يقضي بالقصاص في النفس والطرف جميعاً، ولكن يقضي بالأرش والدية فيهما جميعاً؛ بناءً على أن النكول بذل عند أبي حنيفة - رحمه الله - والطرف يحتمل البذل والإباحة في الجملة، فإن من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله - تعالى - فأمر غيره بقطعها، يباح له قطعها صيانة للنفس؛ وبه تبين أن الطرف يسلك مسلك الأموال؛ لأنه خلق وقاية للنفس كالمال.

فأما النفس، فلا تحتمل البذل والإباحة بحالٍ؛ وكذا المباح له القطع إذا قطع لا ضمان

عليه، والمباح له القتل إذا قتل يضمن، فكان الطرف جارياً مجرى المال، بخلاف النفس، فأمكن القضاء بالنكول في الطرف دون النفس، فكان القياس أن لا يستحلف في النفس عنده؛ كما لا يستحلف في الأشياء السبعة؛ لأن الاستحلاف للتوسل إلى المقصود المدعى، وهو إحياء حقه بالقضاء بالنكول، ولا يقضي فيها بالنكول أصلاً عنده، فكان ينبغي أن لا يستحلف، إلاَّ أنه استحسن في الاستحلاف فيها؛ لأن الشرع ورد به في القسامة وجعله حقًّا مقصوداً في نفسه؛ تعظيماً لأمر الدم، وتفخيماً لشأنه؛ لكون اليمين الكاذبة مهلكة، فصار بالنكول مانعاً حقًّا مستحقاً عليه مقصوداً، فيحبس حتى يقر أو يحلف؛ بخلاف الأشياء السبعة، فإن الاستحلاف فيها/ للتوسل إلى استيفاء المقصود بالنكول، وأنه لا يقع وسيلة إلى هذا المقصود، وعندهما النكول إقرار فيه شبهة العدم؛ لأنه إقرار بطريق السكوت، وأنه محتملٌ، والقصاص يدرأ بالشبهات، وإذا سقط القصاص للشبهة يجب المال؛ بخلاف شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة أنها لا تقبل في باب القصاص أصلاً؛ لأن التعذر هناك من جهة من له القصاص وهو عدم الإتيان بحجة مظهرة للحق وهي شهادة شهود أصول ذكور[1]، والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص، وهو عدم التنصيص على الإقرار، والأصل أن القصاص إذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية، وإذا بطل من جهة من عليه تجب الدية. ب

وَأَمَّا في دعوى السرقة إذا حلف على المال ونكل يقضي بالمال، لا بالقطع؛ لأن النكول حجة في الأموال دون الحدود الخالصة.

وأما في حد القذف إذا استحلف على ظاهر الرواية فكل يقضي بالحد في ظاهر الأقاويل؛ لأنه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة، وعندهما بمنزلة التعزير.

وقال بعضهم: هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضي فيه بشيء، ولا يحلف لأنه حد؛ وقيل يحلف ويقضي فيه بالتعزير دون الحد؛ كما في السرقة يحلف ويقضي بالمال دون القطع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل

وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصماً للمدعي، فنقول وبالله التوفيق: إنه يخرج عن كونه خصماً للمدعي بكون يده غير يد المالك، وذلك يعرف بالبينة أو بالإقرار أو بعلم القاضي، نحو ما إذا ادعى على رجل داراً أو ثوباً أو دابة، فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أودعنيه.

---

(١) في ط: مذكور.

وجملة الكلام فيه أن المدعي لا يخلو إما أن يدعي عليه ملكاً مطلقاً ولم يدع عليه فعلاً، أو يدعي عليه فعلاً، فإن ادعى ملكاً مطلقاً ولم يدع عليه فعلاً، فقال الذي في يده أودعنيها فلان الغائب، أو رهنها أو آجرها أو أعارها أو غصبتها أو سرقتها أو أخذتها أو انتزعتها أو ضلت منه. فوجدتها، وأقام البينة على ذلك، تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء.

وقال ابن أبي ليلى: تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم، وقال ابن شبرمة: لا تندفع عنه الخصومة، أقام البينة أو لم يقم، هذا إذا لم يكن/ الرجل معروفاً بالافتعال والاحتيال، فإن كان تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضاً، وعند أبي يوسف لا تندفع، وهي المسألة المعروفة بالمخمسة، والحجج تعرف في الجامع. أ

وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد؛ بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان؛ لأنه لم يدع على ذي اليد فعلاً، فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة، فكان على الخلاف الذي ذكرنا.

فأما إذا ادعى فعلاً على ذي اليد، بأن قال: هذه داري أو دابتي أو ثوبي، أودعتكها أو غصبتنيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتهنتها منيّ، وقال الذي في يديه: إنها لفلان الغائب أودعنيها أو غصبتها منه؛ ونحو ذلك، وأقام البينة على ذلك، لا تندفع عنه الخصومة.

ووجه الفرق أن ذا اليد في دعوى الملك المطلق إنما يكون خصماً بيده؛ ألا ترى أنه لو لم يكن المدعي في يده لم يكن خصماً، فإذا أقام البينة على أن اليد لغيره، كان الخصم ذلك الغير وهو غائب.

فأما في دعوى الفعل، فإنما يكون خصماً بفعله لا بيده؛ ألا ترى أن الخصومة متوجهة عليه بدون يده، وإذا كان خصماً بفعله بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن، فبقي خصماً.

ولو ادعى فعلاً لم يسم فاعله؛ بأن قال: غصبت مني أو أخذت مني، فأقام ذو اليد البينة على الإيداع تندفع الخصومة؛ لأنه ادعى الفعل على مجهول، وأنه باطل، فالتحق بالعدم، فبقي دعوى ملك مطلق، فتندفع الخصومة؛ لأنه ادعى الفعل على مجهول، وأنه باطل، فالتحق بالعدم، فبقي دعوى ملك مطلق، فتندفع الخصومة، ولو قال: سرق مني، فالقياس أن تندفع الخصومة؛ كما في الغصب والأخذ، وهو قول محمد وزفر، وفي الاستحسان لا تندفع فرقاً بين الغصب والأخذ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ، ووجه الفرق يعرف في الجامع.

ولو قال المدعي: هذه الدار كانت لفلان، فاشتريتها منه، وقال الذي في يده أودعني فلان الذي ادعيت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبتها، تندفع عنه الخصومة من غير إقامة

البينة على ذلك؛ لأنه ثبت كون يده يد غيره بتصادقهما، أما المدعى عليه فظاهر، وأما المدعي فبدعواه الشراء منه؛ لأن الشراء منه لا يصح بدون اليد.

وكذا لو أقام الذي في يديه البينة على إقرار المدعي بذلك؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة، ولو عاينا إقراره لاندفعت الخصومة؛ كذا هذا؛ وكذلك إذا علم القاضي بذلك؛ لأن العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الإقرار؛ لكونه/ حجة متعدية إلى الناس كافة بمنزلة ب البينة؛ وكون الإقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة، ثم لما اندفعت الخصومة بإقرار المدعي فبعلم القاضي أولى.

ولو قال الذي في يديه: ابتعته من فلان الغائب، لا تندفع الخصومة؛ لأنه ادعى الملك واليد لنفسه، وهذا مقر بكونه خصماً، فكيف تندفع الخصومة؟!

ولو أقام المدعي البينة أنه ابتاعه من عبد الله[1]، وقال الذي في يديه: أودعنيه عبد الله ذلك، تندفع الخصومة من غير بينة؛ لأنهما تصادقا على الوصول إليه من يد عبد الله، فأثبتا اليد له وهو غائب، وعلى هذا الأصل مسائل كثيرة في الجامع، والله تعالى أعلم.

فصل

وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين، فالكلام فيه يَقَعُ في موضعين:

أحدهما: في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائمتين على أصل الملك.

والثاني: في بيان حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك.

أما الأول: فالأصل أن البينتين إذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر، فإن أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى يعمل بالراجح؛ لأن البينة حجة من حجج الشرع، والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع، وإن تعذر الترجيح فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كلِّ وجه وجب العمل به، وإن تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه، وجب العمل بهما؛ لأن العمل بالدليلين واجبٌ بقدر الإمكان، وإن تعذر العمل بهما أصلاً سقط اعتبارهما، والتحقا بالعدم؛ إذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة.

وجملة الكلام في هذا الفصل أن الدعوى ثلاثة أنواع: دعوى الملك، ودعوى اليد، ودعوى الحق، وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب.

---

(١) في ب: عند فلان.

أما دعوى الملك فلا تخلو إما أن تكون من الخارج على ذي اليد، وإما أن تكون من الخارجين على ذي اليد، وإما أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر، فإن كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما البينة، فلا/ تخلو إما إن قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت، وإما إن قَامَتَا على ملك مؤقت.

وأما إن قامت إحداهما على ملك مطلق والأخرى على ملك مؤقت، وكل ذلك لا يخلو إما إن كانت بسبب، وإما إن كانت بغير سبب، فإن قَامَتَا على ملك مطلق عن الوقت، فبينة الخارج أولى عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ بينة ذي اليد أولى.

وجه قوله إن البينتين تعارضتا من حيث الظاهر، وترجحت بينة ذي اليد باليد، فكان العمل بها أولى، ولهذا عمل ببينته في دعوى النكاح.

ولنا أن البينة حجة المدعي، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي**» وذو اليد ليس بمدعٍ، فلا تكون البينة حجته، والدليل على أنه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعي أنه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه؛ والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد؛ لأنه يخبر عما في يد نفسه لنفسه، فلم يكن مدعياً، فالتحقت بينته بالعدم، فبقيت بينة الخارج بلا معارض، فوجب العمل بها؛ ولأن بينة الخارج أظهرت له سبق الملك، فكان القضاء بها أولى؛ كما إذا وقتت البينتان نصًا ووقتت بينة الخارج دلالة، ودلالة الوصف أنها أظهرت له سبق اليد؛ لأنهم شهدوا له بالملك المطلق، ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق إلا بعلمهم به، ولا يحصل العلم بالملك إلا بعد العلم بدليل الملك، ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد، فإذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال في يده، وكون المال في يد ذي اليد ظاهراً ثابت للحال، فكانت يد الخارج سابقة على يده، فكان ملكه سابقاً ضرورة، وإذا ثبت سبق الملك للخارج يقضي ببينته؛ لأنه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك، علم أنها انتقلت من يده إليه، فوجب إعادة يده ورد المال إليه؛ حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة أنه بأي طريق انتقل إليه؛ كما إذا عاين القاضي كون المال في يد إنسان ويدعيه لنفسه، ثم رآه في يد غيره؛ فإنه يأمره بالرد إليه إذا ادعاه ذلك الرجل إلى أن يبين سبباً صالحاً للانتقال إليه.

وكذا إذا أَقَرَّ المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعي، فإنه يؤمر بالرد إليه إلى أن يبين بالحجة طريقاً صالحاً/ للانتقال إليه؛ كذلك هذا، وصار كما إذا أرّخا نصًا وتاريخ أحدهما أسبق؛ لأن هذا تاريخ من حيث المعنى؛ بخلاف النتاج؛ لأن هناك لم يثبت سبق الخارج؛ لانعدام تصور السبق والتأخير فيه؛ لأن النتاج مما لا يحتمل التكرار، فيطلب الترجيح من وجه آخر، فتترجح بينة صاحب اليد باليد، وهنا بخلافه. ب

هذا إذا قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب، فأما إذا قامتا على ملك موقت من غير سبب، فإن استوى الوقتان يقضي للخارج، لأنه بطل[1] اعتبار الوقتين للتعارض، فبقي دعوى ملك مطلق، وإن كان أحدهما أسبق من الآخر، يقضي للأسبق وقتاً أيهما كان، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

وروى ابن سماعة عن محمد أنه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة، وقال: لا تقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره إلاَّ في النتاج، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن بينة صاحب الوقت الأسبق أظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه أحد، فيدفع المدعي إلى أن يثبت بالدليل سبباً للانتقال عنه إلى غيره، وإن أقامت إحداهما على ملك مطلق والأخرى على ملك موقت من غير سبب، لا عبرة للوقت عندهما، ويقضي للخارج.

وعند أبي يوسف: يقضي لصاحب الوقت أيهما كان، وروي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ مثله.

وجه قول أبي يوسف أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعي الملك المطلق بيقين، بل تحتمل المعارضة وعدمها؛ لأن الملك المطلق لا يتعارض للوقت، فلا تثبت المعارضة بالشك، ولهذا لو ادعى كل واحد من الخارجين على ثالث وأقام كل واحد منهما البينة أنه اشتراه من رجل واحد، ووقتت بينة أحدهما. وأطلقت الأخرى؛ أنه يقضي لصاحب الوقت؛ كذا هذا.

ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير؛ لأن الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق؛ لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها أسبق، فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت، فسقط اعتبار الوقت، فبقي دعوى مطلق الملك، فيقضي للخارج، بخلاف الخارجين إذا ادعيا الشراء من رجل واحد؛ لأن البائع إذا كان واحداً فقد اتفقا على تلقي الملك منه ببيعه، وأنه أمر حادث، وقد ظهر/ بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق، ولا تاريخ مع الآخر أ وشراؤه أمر حادث، ولا يعلم تاريخه، فكان صاحب التاريخ أولى.

هذا إذا قامت البينتان من الخارج وذي اليد على ملك مطلق أو موقت من غير سبب، فأما إذا كان في دعوى ذلك بسبب، فإن كان السبب هو الإرث فكذلك الجواب، حتى لو قامت البينتان على ملك مطلق بسبب الإرث، بأن أقام كل واحد منهما البينة على أنه ملكه مات أبوه وتركه ميراثاً له، يقضي للخارج بلا خلافٍ بين أصحابنا ـ رحمهم الله ـ.

---

(١) في ب: تسقط.

وكذلك إن قامتا على ملك موقت، واستوى الوقتان؛ لأنه سقط اعتبار الوقتين للتعارض، فبقي دعوى مطلق الملك.

وإن كان أحدهما أسبق من الآخر يقضي لأسبقهما وقتاً، أيهما كان، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الأول، وفي قول محمد الآخر يقضي للخارج؛ لأن دعوى الإرث دعوى ملك الميت، فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت؛ لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت، فكأن الوارثين ادعيا ملكاً مطلقاً أو موقتاً من غير سبب، وهناك الجواب؛ هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف إلا في فصل واحد، وهو ما إذا قامت إحدى البينتين على ملك مطلق، والأخرى على ملك موقت، فإن هنا يقضي للخارج بالاتفاق، ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين.

وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد يطرد على أصل أبي يوسف فيشكل، وإن كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج أنه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم ونقده الثمن، وادعى صاحب اليد أنه اشتراها من الخارج ونقده الثمن، وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك، فإن أقاما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض، لا تقبل البينتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شيء، ويترك المدعي في يد ذي اليد، وعند محمد يقضي بالبينتين ويؤمر بتسليم المدعي إلى الخارج.

وجه قول محمد إن التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الإمكان، وأمكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين؛ بأن يجعل كأن صاحب اليد اشتراه أولاً من الخارج وقبضه/ ، ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد، فيوجد العقدان على الصحة، لكن بتقدير تاريخ وقبض، وفي هذا التقدير تصحيح العقدين، فوجب القول به، ولا وجه للقول بالعكس من ذلك؛ بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد؛ لأن في هذا التقدير إفساد العقد الأخير؛ لأنه بيع العقار المبيع قبل القبض، وأنه غير جائز عنده، فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا، وإذا صح العقدان يبقى المشتري في يد صاحب اليد، فيؤمر بالتسليم إلى الخارج.

ب

وَجْهُ قول أبي يوسف وأبي حنيفة أن كل مشتري يكون مقرًا بكون البيع ملكاً للبائع، فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما إقراراً بملك المبيع لصاحبه، فكانت[1] البينتان قائمتين على إقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الإقرارين تناف، فتعذر العمل بالبينتين أصلاً، وإن وقت البينتان ووقت الخارج أسبق، فإذا لم يذكروا قبضاً يقضي بالدار لصاحب اليد

---

(١) في ط: فكان.

عندهما، وعند محمد يقضي للخارج؛ لأن وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يقضى للخارج؛ لأن وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولاً، ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد، وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد، وإذا لم يجز بقي على ملك الخارج، وعندهما ذلك جائز، فصح البيعان، ولو ذكروا القبض جاز البيعان، ويقضي بالدار لصاحب اليد بالإجماع؛ لأن بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف، فيجوز البيعان.

وأما إذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً، يقضى بها للخارج؛ لأنه إذا كان وقته أسبق يجعل سابقاً في الشراء؛ كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض، فيؤمر بالدفع إليه.

وكذلك إن ذكروا قبضاً؛ لأنه يقدر كأنه اشترى من صاحب اليد أولاً وقبض، ثم اشترى الخارج منه وقبض، ثم عادت إلى يد صاحب اليد بوجه آخر. وإن كان السبب هو النتاج وهو الولادة في الملك فنقول: لا يخلو إما إن قامت البينتان على النتاج، وإما إن قامت إحداهما على النتاج، والأخرى على الملك المطلق، فإن قامت البينتان على النتاج فلا يخلو إما إن كانت البينتان مطلقتين عن الوقت، وإما إن وقتا وقتاً، فإن لم يوقتا وقتاً/ يقضي لصاحب اليد؛ أ لأن البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك، وقد استوت البينتان في إظهار الأولية، فتترجح بينة صاحب اليد باليد، فيقضي ببينته، وقد رُوِيَ عن جابر ـ رضي الله عنه ـ: «**أَنَّ رَجُلاً ادَّعَىٰ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ الله ﷺ نَتَاجَ نَاقَةٍ فِي يَدِ رَجُلٍ، وأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ، وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ مِثْلِ ذَٰلِكَ، فَقَضَىٰ رَسُولُ الله ﷺ بِالنَّاقَةِ لِصَاحِبِ الْيَدِ**»؛ وهذا ظاهر مذهب أصحابنا.

وقال عيسى بن أبان من أصحابنا: إنه لا يقضي لصاحب اليد، بل تتهاتر البينتان، ويترك المدعي في يد صاحب اليد قضاء ترك، وهذا خلاف مذهب أصحابنا، فإنه نَصَّ على لفظة القضاء، والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة؛ وكذا في الحديث الذي رويناه عن النبي ﷺ أنه قضى بذلك لصاحب اليد؛ وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين، ولا يترك في يد صاحب اليد، دَلَّ أن ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا.

ولو أقام أحدهما البينة على النتاج، والآخر على الملك المطلق عن النتاج، فبينة النتاج أولى؛ لما قلنا إنها قامت على أولية الملك لصاحبه، فلا تثبت لغيره إلا بالتلقي منه.

وأما إن وقتت البينتان، فإن اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض، فبقي دعوى الملك المطلق، وإن اخْتَلَفَا بحكم سن الدابة، فتقضى لصاحب الوقت الذي وافقه السن؛ لأنه ظهر أن البينة الأخرى كاذبة بيقين، هذا إذا علم سنها، فأما إذا أشكل سقط اعتبار التاريخ؛ لأنه يحتمل أن يكون سنها موافقاً لهذا الوقت، ويحتمل أن يكون موافقاً لذلك

الوقت، ويحتمل أن يكون مخالفاً لهما جميعاً، فيسقط اعتبارهما؛ كأنهما سكتا عن التاريخ أصلاً، وإن خالف سنها الوقتين جميعاً سقط الوقت؛ كذا ذكره في ظاهر الرواية؛ لأنه ظهر بطلان التوقيت، فكأنهما لم يوقتا، فبقيت البينتان قائمتين على مطلق المالك من غير توقيت، وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تتهاتر البينتان، قال وهو الصحيح.

ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تَيَقَّنَّا بكذب البينتين، فالتحقتا بالعدم، فيترك المدعي في يد صاحب/ اليد كما كان. ب

والجواب: أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين، لا كذب البينتين أصلاً ورأساً، وكذلك لو اختلفا في جارية، فقال الخارج: إنها ولدت في ملكي من أمتي هذه، وقال صاحب اليد كذلك، يقضى لصاحب اليد لما قلنا.

وكذلك لو اختلفا في الصوف والمِرْعَزّي وأقام كل واحد منهما بينة أنه له جزه في ملكه، يقضى لصاحب اليد، وكذلك لو اختلفا في الغزل، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له غزله من قطن هو له[1]، يقضى لصاحب اليد.

والأصل أن المنازعة إذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار، كان بمنزلة النتاج، فيقضى لصاحب اليد، فإذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج، ويقضى للخارج، وإن أشكل الأمر في الملك أنه يحتمل التكرار أولاً، يقضى للخارج أيضاً.

فعَلَىٰ هذا إذا اختلفا في اللبن، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له حلب في يده وفي ملكه، يقضى لصاحب اليد؛ لأن اللبن الواحد لا يحتمل الحلف مرتين، فكان في معنى النتاج.

وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أَنَّ الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده، يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعاً؛ وكذلك لو اختلفا في جبن، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له صنعه في ملكه، يقضى لصاحب اليد؛ لأن اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبناً مرتين، فكان بمنزلة النتاج.

ولو اختلفا في الأرض والنخل، وادعى كل واحد منهما أنه أرضه غرس النخل فيها، يقضى بها للخارج؛ لأن هذا ليس في معنى النتاج؛ لأن النتاج سبب لملك الولد والغرس ليس بسبب لملك الأرض؛ وكذا الغرس مما يحتمل التكرار، فلم يكن في معنى النتاج.

وكذلك لو اختلفا في الحبوب النابتة والقطن النابتة، ادعى كل واحد منهما أنه له زرعه

---

(١) في ب: ملكه.

في أرضه، فإنه يقضى بالأرض والحب والقطن للخارج؛ وكذلك لو اختلفا في البناء، ادعى كل واحد منهما أنه بنى على أرضه لما قلنا، ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما أنه صاغه في ملكه، يقضى للخارج؛ لأن الصياغة تحتمل التكرار، فلم تكن في معنى النتاج.

وَلَو اختلفا في ثوب خز أو شعر، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له نسجه في ملكه، فإن علم أن ذلك لا ينسج إلا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد؛ لأنه بمنزلة النتاج وإن علم أنه ينسج مرتين يقضى للخارج، وكذا إن كان مشكلاً؛ وكذلك لو اختلفا/ في سيف مطبوع، وادعى كل واحد منهما أنه طبع في ملكه، يرجع في هذا إلى أهل العلم بذلك. أ

ولو اختلفا في جارية[1]، وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته [وأقام البينة على ذلك][2] وأنها ولدت هذه في ملكه يقضي بالجارية وبأمها للخارج؛ لأنَّ هذا ليس دعوى النتاج، بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الأم، والبينة بينة الخارج في الملك المطلق، فيقضى بالأم للخارج، ثم يملك الولد بملك الأم؛ وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف، وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له، وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة. والصوف للخارج؛ لما قلنا.

شاتان إحداهما بيضاء والأخرى سوداء، وهما في يد رجل، فأقام الخارج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه، وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه، يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده أنها ولدت في ملكه، فيقضى للخارج بالبيضاء، ولصاحب اليد بالسوداء؛ لأنَّ بينة الخارج قامت على النتاج في البيضاء، وبينة ذي اليد قامت فيها على ملك مطلق، فبينة النتاج أولى؛ كذا بينة ذي اليد قامت على النتاج في السوداء، وبينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق، فبينة النتاج أَوْلَى.

ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه الجبن، فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه الجبن في ملكه، فيقضى للخارج، لأن البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق، لا على أولية الملك، فبينة الخارج أَوْلَىٰ في دعوى الملك المطلق.

ولو ادعى عبداً في يد إنسان أنه اشتراه من فلان، وأنه ولد في ملك الذي اشتراه منه، وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من رجل آخر، وأنه ولد في ملكه، يقضى لصاحب اليد؛ لأنَّ دعوى الولادة في ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه؛ لأنه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له؛ كذا هذا.

---

(١) أم جارية.

(٢) سقط من ب.

وكذلك لو ادعى ميراثاً أو هبةً أو صدقةً أو وصيةً، وأنه ولد في ملك المورث والواهب والموصي، فإنه يقضى لصاحب اليد؛ لما قلنا.

ب ولو ادعى الخارج مع ذي اليد كل واحد منهما/ النتاج، فقضي لصاحب اليد، ثم جاء رجل وادعى النتاج، وأقام البينة عليه، يقضى له، إلاَّ أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج، فيكون هو أولى؛ لأن القضاء على المدعي الأول لا يكون قضاء على المدعي الثاني، فلم يكن الثاني مقضيًا عليه، فتسمع البينة منه.

فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة، والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره، وإن كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الأولية، وأنه لا يحتمل التكرار كالعتق.

ووجه الفرق أن العتق حق الله تعالى؛ ألا ترى أن العبد لا يقدر على إبطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه، ولو كان حق العبد لقدر على إبطاله كالرق، وإذا كان حق الله تعالى فالناس في إثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة؛ لكونهم عبيده، فكان حضرة الواحد كحضرة الكل، والقضاء على الواحد قضاء على الكل؛ لاستوائهم في العبودية؛ كالورثة لما قاموا مقام الميت في إثبات حقوقه والدفع عنه؛ لكونهم خلفاءه، فقام الواحد منهم مقام الكل؛ لاستوائهم في الخلافة، بخلاف الملك؛ فإنه خالص حق العبد، فالحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب إلا بالإنابة حقيقة، أو بثبوت النيابة عنه شرعاً واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف، ولم يوجد شيء من ذلك، فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز.

ولو شهد الشهود أن هذه الحنطة من زرع حصد من أرض هذا الرجل، لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذها؛ لأنه يحتمل أن يكون البذر لغيره، وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الأرض[1]؛ ألا ترى أن الأرض المغصوبة إذا زرعها الغاصب من بذر نفسه، كانت الحنطة له، ولو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع هذا، أو هذا التمر من نخل هذا، يقضى له؛ لأن ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل.

ولو قالوا: هذه الحنطة من زرع كان من أرضه، لم يقض له؛ لأنهم لو شهدوا أنه حصد من أرضه، لم يقض له، فهذا أولى.

أ وَلَوْ شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته، لم يقض له؛/ لجواز أن تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره؛ بأن أوصى بذلك لغيره.

(١) في ب: الأراضي.

هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك، فأما دعوى الخارجين على ذي اليد الملك، فنقول: لا تخلو في الأصل من أحد وجهين: إما أن يدعي كل واحدٍ منهما قدر ما يدعي الآخر، وإما أن يدعي أكثر مما يدعي الآخر، فإن ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعي الآخر، فهو على التفصيل الذي ذكرنا أيضاً، وهو أن البينتين إما إن قامتا على ملك مطلق عن الوقت، وإما إن قَامَتَا على ملك موقت، وإما إن قامت إحداهما على ملك مطلق، والأخرى على ملك موقت، وكل ذلك بسبب أو بغير سبب، فإن قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب، فإنه يقضى بالمدعي بينهما نصفان عند أصحابنا.

وللشافعي ـ رحمه الله ـ قولان: في قول تتهاتر البينتان ويترك المدعي في يد صاحب اليد، وفي قول يُقرع بينهما، فيقضي لمن خرجت له القرعة منهما.

وجه قول الشافعي ـ رحمه الله ـ أن العمل بالبينتين متعذر؛ لتناف بين موجبهما؛ لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنين على الكمال في زمان واحد، فيبطلان جميعاً؛ إذ ليس العلم بإحداهما أولى من العمل بالأخرى؛ لاستوائهما في القوة، أو ترجح إحداهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة.

ولنا أن البينة دليل من أدلة الشرع، والعمل بالدليلين واجبٌ بالقدر الممكن؛ فإن أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه، وإن لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه؛ كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد[1] والأقيسة الشرعية إذا تعارضت، وهنا إن تعذر العمل بالبينتين بإظهار الملك في كل

(١) وهي ما لم تبلغ مبلغ التواتر فيصدق على المشهور، والعزيز، والغريب.
والعزيز: ما جاء في طبقة من طبقات رواته، أو أكثر من طبقة ـ اثنان، ولم يقل في أي طبقة من طبقاته عنهما.
والغريب: ما جاء في طبقة من طبقات رواته، أو أكثر ـ واحد تفرد بالرواية.
ومن المعلوم أن الحديث سواء كان مرفوعاً، أو موقوفاً، أو مقطوعاً ـ ينقسم إلى متواتر يفيد العلم، وآحاد؛ كما أن الآحاد ينقسم إلى مشهور، وعزيز، وغريب، وكل من هذه الثلاثة تنقسم إلى مقبول يفيد الظن ما لم تكن فيه قرينة تفيد القطع، وإلى مردود لا يفيد ظناً ولا قطعاً.
ينقسم الخبر المقبول إلى خبر صحيح، وحسن، وينقسم الصحيح إلى صحيح لذاته، وصحيح لغيره، وأيضاً ينقسم الحسن إلى حسن لذاته، وحسن لغيره.
والمردود هو الضعيف، والضعيف ينقسم إلى أقسام كثيرة تنظر في كتب الحديث والاصطلاح.
وضابط هذا التقسيم أن صدق الحديث إنما يترجح بما يأتي:
١ ـ الاتصال. ٢ ـ عدالة الراوي. ٣ ـ ضبط الراوي.
٤ ـ عدم الشذوذ. ٥ ـ عدم العلة الخفية القادحة. =

....

= والضبط ثلاث درجات:

١ ـ عليا. ٢ ـ وسطى. ٣ ـ دنيا.

فمتى استوفى الحديث كل هذه الشروط، وكان في الدرجة العليا من الضبط ـ كان حديثاً صحيحاً.

ومتى استوفى الحديث كل هذه الشروط، وكان في الدرجة الوسطى، أو الدنيا ـ كان حديثاً حسناً.

وإن فقد أحد الشروط الخمسة السابقة، سمي ضعيفاً، والضعيف منه ما هو معتبر به ومنه غير معتبر به.

فإذا فقد الحديث الاتصال، أو فقد الضبط، أو إذا لم تثبت عدالة الراوي؛ بأن كان مجهول العين، أو الحال ـ كان الحديث ضعيفاً، لكنه لم يفقد صفة الاعتبار به بحيث إذا قوي بغيره، فإنه يرتفع من الضعيف إلى الحسن، ويسمى حسناً لغيره، كما أن الحديث الحسن لذاته إذا تقوى بغيره، وتعدد ـ يرتفع إلى درجة الصحيح، ويسمى صحيحاً لغيره.

وإذا كان الضعف من قبل الطعن في العدالة، فإن كان الطعن بالكذب على رسول الله ﷺ فهو الحديث الموضوع، لا يصلح لأن يروى إلا لبيان حاله؛ أو كان الطعن بتهمة الراوي بالكذب؛ بأن كان يكذب في أحاديث الناس، أو ثبت عليه الفسق المخرج عن العدالة كالسرقة، أو القتل، أو الغيبة، أو النميمة من سائر الكبائر، أو الإصرار على الصغائر ـ فهذا الراوي لا يعتد بحديثه، ولا يكتب حديثه ليقوى غيره، وإنما يروي حديثه فقط لبيان حاله.

حكم خبر الواحد من المعلوم أن الخبر هو ما يحتمل الصدق والكذب لذاته، والصدق هو مطابقة النسبة الحكمية للنسبة الواقعية.

والكذب هو عدم المطابقة بين النسبة الحكمية والنسبة الواقعية؛ فمثلاً: إذا كان الشيء واقعاً، وأخبرت به، فإن هذا الإخبار يحتمل الصدق، كما يحتمل الكذب أيضاً، وإنما يرفع احتمال الكذب فيه الدليل القطعي، والدليل القطعي هو الذي يرفع احتمال النقيض عقلاً؛ كما أنه ليس عندنا في الأخبار ما يرفع احتمال النقيض فيها، إلا إذا كان المخبر صادقاً بالدليل العقلي؛ مثل: أخبار الله ـ عز وجل ـ وأخبار رسله ـ صلوات الله عليهم أجمعين ـ كذلك أخبار التواتر.

وإذا كان الإخبار غير هذه الثلاثة، فإنه لا يفيد القطع؛ لأن احتمال الكذب ما زال باقياً.

أما إذا كان الإخبار من مخبر صادق عدل ضابط رجح أن يكون مطابقاً للواقع، وتطرق إليه احتمال ألا يكون مطابقاً للواقع؛ لاحتمال النسيان أو الغلط، أو الوهم إلى غير ذلك من احتمالات.

ومن ناحية أخرى فإنه إذا تقوى هذا الاحتمال بمعارض راجح فإن الخبر يصير شاذاً، ولا يقبل.

أما إذا تعددت الطبقات، وجب أن تتوفر في كل طبقة منها العدالة، والضبط، وعدم الشذوذ، كما يجب أن يثبت الاتصال، والعدالة والضبط، وعدم المعارض الراجح في جميع الطبقات.

أما إذا قسنا خبر الواحد بغيره من الأخبار التي تساويه في القوة، فوجدنا اختلافاً، من غير ترجيح ـ فإنه لا يكون راجح الصدق.

وعلى ذلك قلنا: إن خبر الواحد الذي استوفى شروط القبول الخمسة.

وترتب على ذلك أمور هي:

١ ـ جواز وجود المعارض المساوي من غير نسخ.

٢ ـ لا يعارض المتواتر بحال.

المحل، أمكن العمل بهما بإظهار الملك في النصف، فيقضى لكل واحد منهما بالنصف.

وَلَوْ قامتا على ملك موقت من غير سبب، فإن استوى الوقتان فكذلك الجواب؛ لأنه إذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض، سقط التاريخ والتحق بالعدم، فبقي دعوى الملك المطلق، وإن كان وقت أحدهما أسبق من الآخر، فالأسبق أولى بالإجماع، ولا يجيء هنا خلاف محمد - رحمه الله -؛ لأن البينة من/ الخارج مسموعة بلا خلافٍ، والبينتان قامتا من الخارجين، فكانتا مسموعتين، ثم ترجح إحداهما بالتاريخ؛ لأنها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى، فيؤمر بالدفع إليه، إلى أن يقوم الدليل على أنه بأي طريق انتقل إليه الملك.

وإن أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى من غير سبب، يقضى بينهما نصفين، عند أبي حنيفة، ولا عبرة للتاريخ، وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت، وعند محمد يقضى لصاحب الإطلاق.

= ٣ - ترجيح الأقوى من المتعارضين.
٤ - ليس الصدق مطرداً فيه.
٥ - لا يجب تخطئة المجتهد لمخالفته.
وخبر الواحد المحتفُّ بالقرائن: إذا كانت هناك قرائن خارجية، تمنع احتمال النقيض، فإن الأكثرين من الفقهاء رأوا أن خبر الواحد لا يفيد القطع؛ وذلك لأن الذي يفيد القطع القرائن لا الخبر، بينما ذهب إمام الحرمين، والغزالي، والآمدي، والإمام الرازي، وابن الحاجب، ورواية عن أحمد - إلى أنه يفيد القطع.
وذهب ابن حجر إلى أن الخبر المحتف بالقرائن أنواع:
١ - ما يختص بما أخرجه الشيخان في الصحيحين مما لم يبلغ حد التواتر؛ فإنه احتف بقرائن كثيرة: كجلالة الشيخين في هذا الشأن، ومكانتهما في تمييز الصحيح، وتلقي العلماء للصحيحين بالقبول.
٢ - المشهور إذا كانت له طرق متباينة، سالمة من ضعف الرواة والعلل.
٣ - ما رواه الأئمة الحفَّاظ المتقون حيث لا يكون غريباً؛ مثلاً: يروي الإمام أحمد بن حنبل حديثاً، ويشاركه فيه غيره عن الشافعي، ويشاركه فيه غيره عن مالك، فإنه يفيد العلم عند سامعه بالاستدلال من جهة جلالة رواته، وإن فيهم من الصفات اللائقة الموجبة للقبول ما يقوم مقام العدد الكثير من غيرهم.
ينظر: البحر المحيط للزركشي: ٢٥٧/٤، والبرهان لإمام الحرمين: ٥٩٩/١، سلاسل الذهب للزركشي: ٣/٨، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي: ٢/ ٣٠، ونهاية السول للأسنوي: ٩٧/٣، وزوائد الأصول له (٣٣٦)، ومنهاج العقول للبدخشي: ٣١٧/٢، وغاية الوصول للشيخ زكريا الأنصاري (٩٧)، والتحصيل من المحصول للأرموي: ٢/ ١٣٠، والمنخول للغزالي (٢٤٥)، والمستصفى له: ١/ ١٤٥، وحاشية البناني: ٢/ ١٣١، والإبهاج لابن السبكي: ٢٩٩/٢، والآيات البينات لابن قاسم العبادي: ٣/ ٢١٥، حاشية العطار على جمع الجوامع: ١٥٧/٢، والمعتمد لأبي الحسين: ٩٢/٢، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم: ١١٢/١.

وجه قول محمد أن البينة القائمة على الملك المطلق أقوى؛ لأن الملك المطلق ملكه من الأصل حكماً؛ ألا ترى أنه يظهر في الزوائد وتستحق به الأولاد والأكساب[١].

وهذا حكم ظهور الملك من الأصل، ولا يستحق ذلك بالملك الموقت، فكانت البينة القائمة عليه أقوى، فكان القضاء بها أَوْلَى.

وجه قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ ما ذكرنا أن البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ بيقين، بل تحتمل المعارضة وعدمها، فلا تثبت المعارضة بالشك، فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض، فكان صاحب التاريخ أَوْلَىٰ.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ مَا مَرَّ أيضاً أن الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون متأخراً، لاحتمال أن صاحب الإطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال، فسقط اعتبار التاريخ، فبقي دعوى الملك المطلق، هذا إذا قامت البينتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب، فإن كان ذلك بسبب فنقول: لا يخلو إما أن ادعيا الملك بسبب واحد من الإرث أو الشراء أو النتاج ونحوها، وإما أن ادعياه بسببين، فإن ادعيا الملك بسبب واحد، فإن كان السبب هو الإرث، فإن لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان؛ لما ذكرنا أن الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته، وإنما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه.

ألا ترى أنه يجهز من التركة ويقضي منها ديونه، ويرد الوارث بالعيب، ويرد عليه؛ فكأن المورثين حضرا وادعيا ملكاً مطلقاً عن الوقت.

وإن وقتا وقتاً فإن كان وقتهما واحداً فكذلك لما مر، وإن كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ/ ، وعند محمد ـ رحمه الله ـ يقضى بينهما نصفين، ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث؛ لما مر أن الموروث ملك الميت والوارث قام[٢] مقامه، فلم يكن الموت تاريخاً لملك الوارث، فسقط التاريخ لملكه، والتحق بالعدم، فبقي دعوى الملك المطلق عن التاريخ، فيستويان فيه.

وعن محمد أنهما إن لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك، فأما إذا أرخا ملك الميتين فيقضى لأسبقهما تاريخاً، ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف ـ رحمهما الله ـ يقولان: بل الوارث بإقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه، فيصير كأنه حضر المورثان. وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة، وتاريخ أحدهما أسبق، ولو كان كذلك لقضي لأسبقهما وقتاً لإثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الآخر؛ كذا هذا.

---

(١) في ب: الاكتساب.

(٢) في ب: قائم.

ولو وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى، يقضى بينهما نصفان بالإجماع، أما عند محمد فإن التاريخ في باب الميراث ساقط، فالتحق بالعدم، وأما عندهما فيصير كأن المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكاً فأرخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر، وهناك كان المدعي بينهما نصفين؛ فكذا هنا؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك من رجلين، ولا عبرة فيه بالتاريخ.

وإن كان السبب هو الشراء، فنقول: لا تخلو إما أن تكون الدار في يد ثالث، وَإما أن تكون في يد أحدهما، وكل ذلك لا يخلو إما أن ادعيا الشراء من واحد، وَإما أن ادعياه من اثنين، فإن كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد، فإن كان صاحب اليد، وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم، ونقد الثمن مطلقاً عن التاريخ، وذكر القبض - يقضى بينهما نصفين عندنا.

وللشافعي فيه قولان: في قول تتهاتر البينتان، وفي قول يقرع بينهما، فيقضى لمن خرجت له القرعة، وهي مسألة التهاتر، وقد تقدمت، وَإذا قضي بالدار بينهما نصفين يكون لهما الخيار: إن شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن، وَإن شاء نقض؛ لأن غرض كل واحد منهما من الشراء الوصول إلى جميع المبيع، ولم يحصل، فأوجب ذلك خللاً في الرضا، فلذلك أثبت لهما الخيار، فإن اختار كل واحد منهما أخذ نصف الدار، رجع على البائع بنصف الثمن؛ لأنه لم يحصل له إلا نصف المبيع، وإن اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن؛ لأنه انفسخ/ البيع؛ فإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ، فإن كان ذلك بعد ب قضاء القاضي وتخييره إياهما، فليس له أن يأخذ إلا النصف بنصف الثمن؛ لأن حكم القاضي بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف، فلا يعود إلا بالتحديد؛ كما إذا قضى القاضي بالدار المشفوعة للشفيعين، ثم سلم أحدهما الشفعة، لا يكون لصاحبه إلا نصف الدار، فَأَمَّا إذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضي، فللآخر أن يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن؛ لأن المستحق بالعقد كل البيع، والامتناع بحكم المزاحمة، فإذا انقطعت فقد زال المانع؛ كأحد الشفيعين إذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضي بالدار المشفوعة، يقضى لصاحبه بالكل.

وكذلك إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى صاحب اليد، وأقام البينة على ذلك، يقضي بالدار بينهما نصفين عندنا، وثبت الخيار لكل واحد منهما.

والكلام في توابع الخيار على نحو ما بينا؛ غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد، وهو البائع، تقبل من غير ذكر الملك له، والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل إلا بذكر الملك للبائع؛ لأن المبيع في الفصل الأول في يد البائع، واليد دليل الملك، فوقعت الغنية عن ذكره، وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع، فدعت الحاجة إلى ذكره؛ لصحة البيع.

هذا إذا لم تؤرخ البينتان، فأما إذا أرختا، فإن استوى التاريخان فكذلك؛ لسقوط اعتبارهما بالتعارض، فبقي دعوى مطلق الشراء، وإن كانت إحداهما أسبق تاريخاً، كانت أولى بالإجماع؛ لأنها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى، فتندفع بها الأخرى.

ولو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى، فالمؤرخة أولى؛ لأنها تظهر الملك في زمان معين، والأخرى لا تتعرض للوقت، فتحتمل السبق والتأخير، فلا تعارضها مع الشك والاحتمال، ولو لم تؤرخ البينتان ولكن ذكرت إحداهما القبض، فهي أولى؛ لأنها لما أثبتت قبض المبيع جعل كأن بيع صاحب القبض أسبق، فيكون أولى، وكذلك لو ذكرت إحداهما تاريخاً والأخرى قبضاً، فبينة القبض أولى، إلا أن تشهد بينة التاريخ أن شراءه قبل شراء الآخر، فيقضى له/ ويرجع الآخر بالثمن على البائع، وكذا لو أرخا تاريخاً واحداً وذكرت إحداهما القبض، فبينة القبض أولى، إلا إذا كان وقت الآخر أسبق.

أ

هٰذَا إذا ادّعَيا الشراء من واحد، وهو صاحب اليد أو غيره، فأما إذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقاً عن الوقت، وأقاما البينة على ذلك، يقضى بينهما نصفين؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك من البائعين، فقاما مقامهما، فصار كأن البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق، ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين؛ كذا هذا، ويثبت لهما الخيار، والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا.

ولو وقتت البينتان، فإن كان وقتهما واحداً، فكذلك، وإن كان أحدهما أسبق من الآخر، فالأسبق تاريخاً أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وكذا عند محمد في رواية الأصول؛ بخلاف الميراث أنه يكون بينهما نصفان عنده، ووجه الفرق له ذكره الرازي[1] وهو أن المشتري يثبت الملك لنفسه، والوارث يثبت الملك للميت، وعن محمد في الإملاء أنه سوى بين الميراث والشراء، وقال: لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضاً، إلا أن يؤرخا ملك البائعين، وإن وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى، يقضى بينهما نصفين، ولا عبرة للتاريخ أيضاً.

فرق بين هذا وبين ما إذا ادعيا الشراء من رجل واحد، فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الأخرى أن بينة الوقت أولى.

ووجه الفرق أنهما إذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقي الملك من البائعين، فتاريخ إحدى البينتين لا يَدُلُّ على سبق أحد الشراءين، بل يجوز أن يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه، فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال، فيقسم بينهما نصفين، بخلاف ما إذا ادَّعَيا

(١) في ط: الداري.

الشراء من واحد؛ لأن هناك اتفقا على تلقي الملك من واحد، فتاريخ إحدى البينتين أوجب تلقي الملك منه في زمان لا ينازعه فيه أحد، فيؤمر بالدفع إليه حتى يقوم على التلقي منه دليل آخر.

هذا إذا كانت الدار في يد ثالث، فإن كانت في يد أحدهما؛ فإن ادعيا الشراء من واحدٍ، فصاحب اليد أولى، سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ، وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر؛ لأن القبض من صاحب/ اليد أقوى لثبوته حسًا ومشاهدة، وقبض الآخر لم يثبت إلا ب ببينة تحتمل الصدق والكذب، فكان القبض المحسوس أولى، فصار الحاصل أن القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر، ومن التاريخ أيضاً، والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ.

وإن ادعيا الشراء من اثنين يقضى للخارج، سواء وقتت البينات أو لا، أو وقتت إحداهما دون الأخرى؛ إلا إذا وقتتا ووقت صاحب اليد أسبق؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كأن البائعين حضرا وأقاما البينة، ولو كان كذلك يقضى للخارج؛ كذا هذا؛ بخلاف ما إذا كان البائع واحداً؛ لأنهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولأحدهما يد، فيجعل كأن شراء صاحب اليد أسبق.

وَإن كان السبب هو النتاج؛ بأن ادعى كل واحد من الخارجين أنها دابته نتجت عنده، فإنْ أقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق، يقضى بينهما نصفين؛ لاستواء الحجتين، وتعذر العمل بهما بإظهار الملك في كل المحل، فليعمل بهما بالقدر الممكن.

وإن أَقَامَا البينة على ملك موقت، فإن اتفق الوقتان فكذلك، وإن اختلفا يحكم سن الدابة إن علم، وإن أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لأسبقهما وقتاً، وعندهما يقضى بينهما.

وَجْهُ قولهما إن السن إذا أشكل يحتمل أن يكون موافقاً لوقت هذا، ويحتمل أن يكون موافقاً لوقت ذاك، فسقط اعتبار الوقت، وصار كأنهما سَكَتا عن الوقت أصلاً.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن وقوع الإشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق، فبطل تحكيمه، فبقي الحكم للوقت، فالأسبق أولى، وهذا يشكل بالخارج مع ذي اليد، وإن خالف الوقتين جميعاً فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد، وإن أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على ملك مطلق، فبينة النتاج أولى لما مر.

هذا إذا ادعى الخارجان الملك من واحد أو اثنين، بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتاج، فإن كان بسببين مختلفين، فنقول: لا يخلو إما إن كان من اثنين، وإما إن كان من واحد، فإن كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين؛ بأن ادعى أحدهما أنه اشترى هذه الدابة من فلان، وادعى الآخر أن فلاناً آخر وهبها له وقبضها/ منه، قضي بينهما نصفين؛ أ

لأنهما ادعيا تلقي الملك من البائع والواهب، فَقَامَا مقامهما؛ كأنهم حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل.

وكذا لو ادعى ثالث ميراثاً عن أبيه، فإنه يقسم بينهم أثلاثاً، ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم أرباعاً، لما قلنا.

إن كان ذلك من واحد ينظر إلى السببين، فإن كان أحدهما أقوى يعمل به، لأن العمل بالراجح واجب، وإن استويا في القوة يعمل بهما بقدر الإمكان؛ على ما هو سبيل دلائل الشرع.

بيان ذلك إذا أقام أحدهما البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان، ونقده الثمن، وقبض الدار، وأقام الآخر البينة أن فلاناً ذاك وهبها له وقبضها، يقضى لصاحب الشراء؛ لأنه يفيد الحكم بنفسه، والهبة لا تفيد الحكم إلا بالقبض، فكان الشراء أولى، وكذلك الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا؛ وكذلك الشراء مع الرهن والقبض؛ لأن الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد، وملك الرقبة أقوى، ولو [اجتمعت البينتان][1] مع القبض، يقضى بينهما نصفين؛ لاستواء السببين، وقيل هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما.

فأما فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها، فلا يقضى لهما بشيء على أصل أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ في الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع.

وقيل: لا فرق بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا؛ لأن هذا في معنى الشيوع الطارىء لقيام البينة على الكل، وأنه لا يمنع الجواز.

وكذلك لو اجتمعت الصدقة مع القبض أو الهبة والصدقة مع القبض، يقضى بينهما نصفين؛ لاستواء السببين؛ لكن هذا إذا لم يكن المدعي في يد أحدهما، فإن كان يقضي لصاحب اليد بالإجماع لما مر؛ ولو اجتمع الرهن والهبة أو الرهن والصدقة، فالقياس أن تكون الهبة أولى؛ وكذا الصدقة لأن كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة، والرهن يفيد ملك اليد، والحبس وملك الرقبة أقوى، وفي الاستحسان الرهن أولى؛ لأن المرهون عندنا مضمون بقدر الدين، فأما الموهوب فليس بمضمون أصلاً، فكان الرهن أقوى، ولو اجتمع النكاحان/ بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على أنه تزوجها عليه، يقضى بينهما نصفين؛ لاستواء السببين.

ب

ولو اجتمع النكاح مع الهبة أو الصدقة أو الرهن، فالنكاح أَوْلَى؛ لأنه عقد يفيد الحكم

---

(١) في ب: اجتمع السببان.

بنفسه، فكان أقوى، ولو اجتمع الشراء والنكاح؛ فهو بينهما نصفان عند أبي يوسف، وللمرأة نصف نصف القيمة على الزوج، وعند محمد الشراء أولى، وللمرأة القيمة على الزوج.

وجه قول محمد أن الشراء أَقْوَىٰ من النكاح بدليل أنه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن، ويصح النكاح بدون تسمية المهر؛ وكذا لا تصح التسمية بدون الملك في البيع، وتصح في باب النكاح؛ كما لو تزوج على جارية غيره، دَلَّ أن الشراء أقوى من النكاح.

وَجْهُ قول أبي يوسف أن النكاح مثل الشراء، فإن كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه، هذا إذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعي الآخر، فأما إذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعي الآخر؛ بأن ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها، وأقاما البينة على ذلك؛ فإنه يقضى لمدعي الكل بثلاثة أرباع الدار، ولمدعي النصف بربعها عند أبي حنيفة، وعندهما يقضى لمدعي الكل بثلث الدار ولمدعي النصف بثلثها، وإنما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة، فتقسم عنده بطريق المنازعة، وهما قسما بطريق العدل والمضاربة.

وتَفْسِيرُ القسمة بطريق المنازعة أن ينظر إلى القدر الذي وقع التنازع فيه، فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالماً لمدعيه.

وَتَفْسِيرُ القسمة على طريق العدل والمضاربة أن تجميع السهام كلها في العين، فتقسم بين الكل بالحصص، فيضرب كل بسهمه كما في الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا، فَلَمَّا كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع، فهنا يدعي أحدهما كل الدار والآخر لا ينازعه إلا في النصف، فبقي النصف الآخر خالياً عن المنازعة، فيسلم لمدعي الكل؛ لأنه يدعي شيئاً لا ينازعه فيه غيره، وَمَن ادَّعَىٰ شيئاً لا ينازعه/ فيه غيره، أ يسلم له، والنصف الآخر استوت فيه منازعتهما، فيقضى[1] بينهما نصفين، فكانت القسمة أرباعاً: ثلاثة أرباع الدار لمدعي الكل، وربعها لمدعي النصف، ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن[2] على مبلغ السهام، فيضرب كل واحد بسهمه، فهنا[3] أحدهما يدعي كل الدار، والآخر يدعي نصفها، فيجعل أخسهما سهماً، فجعل نصف الدار بينهما.

وإذا جعل نصف الدار بينهما، صار الكل سهمين، فمدعي الكل يدعي سهمين، ومدعي النصف يدعي سهماً واحداً، فيعطى هذا سهماً وذاك سهمين، فكانت الدار بينهما أثلاثاً: ثلثاها لمدعي الكل، وثلثها لمدعي النصف، والصحيح قسمة أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ؛ لأن

---

(١) في ب: فيقسم.
(٢) في ب: العين.
(٣) في ب: فها هنا.

الحاجة إلى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة، ولا منازعة[١] لمدعي الكل إلا في النصف، فلا يتحقق التعارض إلا فيه، فيسلم له ما وراءه؛ لقيام الحجة عليه، وخلوها عن المعارض، فكان ما قاله أبو حنيفة عملاً بالدليل بالقدر الممكن، وأنه واجب.

هذا إذا كانت الدار في يد ثالث، فإن كانت في أيديهما، فبينة مدعي الكل أولى؛ لأنه خارج؛ لأنه يدعي على صاحبه النصف الذي في يده، ومدعي النصف لا يدعي شيئاً هو في يد صاحبه؛ لأنه لا يدعي إلا النصف، والنصف في يده، فكان مدعي الكل خارجاً، ومدعي النصف صاحب يد، فكانت بينة الخارج أولى، فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه، ويترك النصف الذي في يده على حاله، هذا إذا ادعى الخارجان شيئاً في يد ثالث، فأنكر الذي في يده، فأقام البينة، فإن لم يقم لهما بينة وطلبا يمين المنكر، يحلف لكلٍّ واحد منهما، فإن نكل لهما جميعاً يقضى لهما بالنكول؛ لأن النكول حجة عندنا.

فإنْ حلف لأحدهما ونكل للآخر، يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه، وإن حلف لكل واحد منهما يترك المدعي في يده، قضاء ترك لا قضاء استحقاق؛ حتى لو أقامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينتهما، ويقضى لهما؛ بخلاف ما إذا أقاما البينة وقضي بينهما نصفين، ثم أقام/ صاحب اليد البينة على أنه ملكه أنه لا تقبل بينته.

ب

وكذا إذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعدما قضى بينهما نصفين، لا تسمع بينته.

ووجه الفرق أن بالترك في يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعيين مقضياً عليه حقيقة، فتسمع منهما البينة.

فأما صاحب اليد فقد صار مقضيًا عليه حقيقة، وكذا كل واحد من المدعيين بعدما قضى بينهما نصفين، صار مقضيًا عليه في النصف، والبينة من المقضي عليه غير مسموعة، إلا إذا ادعى التلقي من جهة المستحق أو ادعى النتاج.

وكذا لو ادعى بائع المقضي عليه أو بائع بائعه هكذا، وأقام البينة، لا تسمع دعواه، ولا تقبل بينته؛ لأن القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى إن لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن، إلا إذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه [بالثمن][٢]، فيرجع هذا البائع على بائعه أيضاً هكذا فرق بين هذا وبين الحرية الأصلية؛ أن

(١) في ب: منازع.

(٢) سقط في ب.

القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم[1] في حق بطلان الدعوى. وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة.

ووجه الفرق بين الملك والعتق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا إذا أنكر الذي في يده، فإن أقر به لأحدهما، فنقول: هذا لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان قبل إقامة البينة، وإما إن كان بعد إقامة البينة فإن أقر قبل إقامة البينة جاز إقراره، ودفع إلى المقر له؛ لأن المدعي في يده وملكه من حيث الظاهر، فيملك التصرف فيه بالإقرار وغيره.

وإن أقر بعد إقامة البينة قبل التزكية، لم يجز إقراره؛ لأنه تضمن إبطال حق الغير وهو البينة، فكان إقراراً على غيره، فلا يصح في حق ذلك الغير، ولكن يؤمر بالدفع إلى المقر له، لأن إقراره في حق نفسه صحيحٌ.

وَكَذَا البينة قد لا تتصل بها التزكية، فيؤمر بالدفع إلى المقر له في الحال، فإذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين؛ لأنه تبين أن المدعي كان بينهما نصفين، فظهر أن إقراره كان إبطالاً لحق الغير، فلم يصح، فالتحق بالعدم.

وإن أقر بعد إقامة/ البينة وبعد التزكية يقضى بينهما؛ لما قلنا إن إقراره لم يصح، فكان ملحقاً بالعدم، هذا كله إذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخارجين على ذي اليد، فأما إذا كانت من صاحب[2] اليد أحدهما على الآخر، بأن كان المدعي في أيديهما، فإن أقام أحدهما البينة أنه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده، ترك في يده، وهو معنى قضاء الترك.

وَلَوْ أقام كل واحد منهما البينة أنه له يقضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه؛ لأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج، ولو لم تقم لأحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك؛ حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بينة، تقبل؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه حقيقة.

هذا إذا لم توقت البينتان، فإن وقتا فإن اتفق الوقتان فكذلك، وإن اختلفا فالأسبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ.

وأما عند محمدٍ فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد، فيكون بينهما نصفين، وإن وقت[3] إحداهما دون الأخرى، يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد، والوقت ساقط، وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت، وقد مرت الحجج قبل هذا، والله تعالى أعلم.

---

(١) في ب: كافة.
(٢) في ب: صاحبي.
(٣) في ب: أوقتت.

وأما حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك، فالأصل فيه أن البينة المظهرة للزيادة أولى؛ كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن، فقال البائع. بعتك هذا العبد بألفي درهم.

وقال المشتري: اشتريته منك بألف درهم، وأقاما البينة، فإنه يقضى ببينة البائع؛ لأنها تظهر زيادة ألف، وكذا لو اختلفا في قدر المبيع، فقال البائع: بعتك هذا العبد بألف، وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف، وأقاما البينة، يقضى ببينة المشتري، لأنها تظهر زيادة.

وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر، فقال الزوج: تزوجتك على ألف، وقالت المرأة [تزوجتني][1] على ألفين، وأقاما البينة، يقضى ببينة المرأة؛ لأنها تظهر فضلاً، ثم إنما كانت بينة الزيادة أولى؛ لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة، فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض/ ، ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي، فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة، ولا يلزم على هذا الأصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة، فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري: بألفين وأقاما البينة؛ أنه يقضى ببينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة؛ لأن البينة إنما تقبل من المدعي، لأنها جعلت حجة المدعي في الأصل، والمدعي هناك هو الشفيع؛ لوجود حد المدعي فيه وهو أن يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك، ولا يجبر عليها، فأما المشتري فمجبور على الخصومة.

ألا ترى لو تركها لا يترك، بل يجبر عليها، فكان هو مدعى عليه، والبينة حجة المدعي لا حجة المدعى عليه في الأصل، لذلك قضي ببينة الشفيع لا ببينة المشتري؛ بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن؛ لأن هناك البائع هو المدعي؛ لأن المخير في الخصومة إن شاء خاصم، وإن شاء لا، وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعي هو المشتري.

ألاَ ترى لو ترك الخصومة يترك، وكذا في باب النكاح المدعي في الحقيقة هو المرأة؛ لما قلنا، فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة.

وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الأجل أو في قدره، وأقاما البينة؛ أن البينة بينة المشتري؛ لأنها تظهر الزيادة؛ وكذا لو اختلفا في مضيه، وأقاما البينة، فالبينة بينة المشتري؛ أنه لم يمض لأنها تظهر زيادة.

(١) سقط من ط.

وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال، وأقاما البينة بعد تفرقهما؛ أن البينة بينة رب السلم، ويقضى بسلم واحدٍ بالإجماع، لأنهما اتفقا على أن المسلم إليه لم يقبض إلا رأس مال واحد، وإن اختلفا قبل التفرق، فكذلك، ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين.

وجه قول محمد أن كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة؛ لاختلاف البدلين، فيعمل بهما جميعاً، ويقضى بسلمين؛ إذ لا تنافي بينهما/ ولهما أنهما اتفقا على عقد واحدٍ، وإنما اختلفا في قدر المعقود عليه قدراً أو جنساً أو صفة وبينة رب السلم تظهر زيادة، فكانت أقوى.

ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه، فالبينة بينة المسلم إليه عندهما، وعنده تقبل البينتان جميعاً، ويقضى بسلمين.

والحجج على نحو ما ذكرنا، هذا إذا تصادقا أن رأس المال كان ديناً، فإن تصادقا أنه عين، واختلفا في المسلم فيه، فإن كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد؛ كما إذا قال رب السلم: أسلمت إليك هذا الثوب في كر حنطة، وقال المسلم، إليه: في كر شعير، فالبينة بينة رب السلم؛ لأن رأس المال إذا كان عيناً واحدة لا يمكن أن يجعل عقدين، فيجعل عقداً واحداً، وبينة رب السلم تظهر زيادة، فكانت أولى بالقبول، وإذا كان عينين [وصورته][1] بأن قال رب السلم أسلمت إليك هذا الفرس في كر حنطة، وقال المسلم إليه: هذا الثوب في كر شعير، يقضي بسلمين بالإجماع؛ لأنه يمكن أن يجعل عقدين فيجعل سلمين.

هذا كله إذا كانت الدعوى دعوى الملك، فأما دعوى اليد، بأن تنازع رجلان في شيء يدعيه كل واحد منهما أنه في يده، فعلى كل واحد منهما البينة على اليد؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، واليَمِينُ عَلَى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ**»[2] ولأن الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه، فتقع الحاجة إلى إثبات كل واحد منهما بالبينة، فإن أقَامَا جميعاً البينة، يقضى بكونه في أيديهما لاستوائهما في الحجة.

وإن أقام أحدهما البينة، صار صاحب يد، وصار مدعى عليه، وإن لم تقم لأحدهما بينة، فعلى كل واحد منهما اليمين؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**» وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد، فيحلف.

---

(١) سقط من ط.
(٢) تقدم.

هذا كله إذا قامت البينتان على الملك أو على اليد، فأما إذا قامت إحدى البينتين على الملك، والأخرى على اليد، فبينة الملك أَوْلى، نحو ما إذا أقام الخارج البينة على أن الدار له منذ سنتين، وأقام ذو اليد البينة على أنها في يده منذ ثلاث سنين، يقضى بها للخارج؛ لأن البينة القائمة على الملك أقوى؛ لأن اليد قد تكون محقة/ وقد تكون مبطلة؛ كيد الغصب والسرقة، واليد المحقة قد تكون يد ملك وقد تكون يد إعارة وإجارة، فكانت محتملة، فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك.

ب

وأما دعوى النسب، فالكلام في النسب في الأصل في ثلاثة مواضع: في بيان ما يثبت به النسب.

وفي بيان ما يظهر به [النسب.

وفي بيان صفة النسب الثابت.

أما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين.

أحدهما: في بيان][1] ما يثبت به نسب الولد من الرجل.

والثاني: في بيان ما يثبت به نسبه من المرأة.

أما الأول: فنسب الولد من الرجل لا يثبت إلا بالفراش، وهو أن تصير المرأة فراشاً له، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[2] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ**»، أي: لصاحب الفراش، إلاَّ أنه أضمر المضاف[3] فيه اختصاراً[4]، كما في

---

(١) سقط من ط.

(٢) تقدم.

(٣) في ب: الصاحب.

(٤) وفي قول الله تعالى: ﴿واسأل القرية﴾ ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو المشهور: أنه على حذف مضاف، تقديره: واسأل أهل القرية وأهل العير، وهو مجاز سائغ، قاله ابن عطية وغيره. قلت: وهذا على خلاف في المسألة، هل الإضمار من المجاز أو غيره؟ المشهور أنه قسم منه وعليه أكثر الناس. قال أبو المعالي: «قال بعض المتكلمين»: هذا من الحذف وليس من المجاز. لفظة استعيرت ما هي له، قال: «وحذف المضاف هو عين المجاز وعظمه». هذا مذهب سيبويه وغيره، وحكي أنه قول الجمهور. وقال فخر الدين الرازي: «إنَّ المجاز والإضمار قسيمان لا قسمان، فهما متباينان.

الثاني: أنه مجاز، ولكنه من باب إطلاق اسم المحل على الحال للمجاورة كالرواية.

الثالث: أنه حقيقة لا مجاز فيه، وذلك أنه يجوز أن يسأل القرية نفسها والإبل تجيبه، لأنه نبي يجوز أن ينطق له الجماد والبهائم. ينظر الدر المصون ٥/٢٠٨.

قوله ـ عز وجل ـ: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] ونحوه، والمراد من الفراش: هو المرأة؛ فإنها تسمى فراش الرجل وإزاره ولحافه، وفي التفسير في قوله ـ عز شأنه ـ: ﴿وَفُرُشٍ مَرْفُوعَةٍ﴾ إنها نساء أهل الجنة، فسميت المرأة فراشاً لما أنها تفرش وتبسط بالوطء عادة، ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة.

أحدها: أن النبي ـ عليه السلام ـ أخرج الكلام مخرج القسمة، فجعل الولد لصاحب الفراش، والحجر للزاني، فاقتضى أن لا يكون الولد لمن لا فراش له، كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه؛ إذ القسمة تنفي الشركة.

والثاني: أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ جعل الولد لصاحب الفراش، ونفاه عن الزاني بقوله عليه السلام: «**وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»، لأن مثل هذا الكلام يستعمل في النفي.

والثالث: أنه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش، فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش، لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش، وهذا خلاف النص.

فعَلَى هذا إذا زنى رجل بامرأة، فجاءت بولد، فادعاه الزاني، لم يثبت نسبه منه؛ لانعدام الفراش، وأما المرأة فيثبت نسبه منها؛ لأن الحكم في جانبها يتبع الولادة؛ على ما نذكر إن شاء الله تعالى، وقد وجدت.

وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبياً في يد رجل أنه ابنه من الزنا، لم يثبت منه، كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا.

ولو هلك الولد بوجه من الوجوه، عتق عليه؛ لأنه أقر أنه مخلوق من مائة، وإن ملك أمه لم تصر أم ولد له؛ لأن أمومية الولد تتبع ثبات النسب، ولم يثبت؛ وكذلك لو كان هذا العبد لأب المدعي/ أو عمه؛ لما ذكرنا. أ

ولو كان لابن المدعي، فقال: هو ابني من الزنا، يثبت نسبه منه، وهو مخطىء في قوله من الزنا؛ لأنه يصير متملكاً الجارية عندنا قبيل الاستيلاد أو مقارناً له، ولا يتحقق الوطء زناً مع ثبوت الملك، ولو كان المدعي غير الأب، فقال: هو ابني منها، ولم يقل من الزنا، فإن صدقه المولى ثبت نسبه منه، ويكون عبداً لمولى الأم، وإن كذبه لا يثبت النسب للحال، وإذا ملكه المدعي يثبت النسب ويعتق عليه، لأن الإقرار بالنبوة مطلقاً عن الجهة محمولٌ على جهة مصححة للنسب؛ وهي الفراش؛ إلا أنه لم يظهر نفاذه للحال؛ لقيام ملك المولى، فإذا ملكه زال المانع؛ وكذلك لو قال: هو ابني من نكاح فاسدٍ، أو شراء فاسد، وادعى شبهة بوجه من الوجوه، أو قال: أحلها لي الله، إن صدقه المولى يثبت النسب، وإن كذبه لم يثبت النسب ما دام عبداً، فإذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه؛ لأن العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات

النسب؛ وكذلك الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة، فكان هذا إقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً، إلا أنه امتنع ظهوره للحال لحق المولى، فإذا زال ظهر وعتق؛ لأنه ملك ابنه، وإن ملك أمها[١] كانت أم ولد له، لأنه وجد سبب أمومية الولد، وهو ثبوت النسب، بناءً على وجود سبب الثبوت، وهو الإقرار بالنسب بجهة مصححة له شرعاً، إلاَّ أنها توقفت على شرطها وهو الملك، وقد وجد، بخلاف الفصل الأول، لأن هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلاً؛ لانعدام سبب ثبوت النسب، وهو الإقرار بجهة مصححة [له][٢] شرعاً.

وَعَلى هذا إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه، ويثبت من الزوج؛ لأن الفراش له.

وعلى هذا إذا ادعى رجل صبيًا في يد امرأة، فقال: هو ابني من الزنا، وقالت المرأة: هو من النكاح، لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة؛ لأن الرجل أقر أنه ابنه من الزنا، والزنا لا يوجب النسب، والمرأة تدعي النكاح، والنكاح/ لا بد له من حجة. ب

وكذلك لو كان الأمر على العكس، بأن ادعى الرجل أنه ابنه من النكاح، وادعت المرأة أنه من الزنا، لما قلنا.

ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الأول: هو من النكاح، أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني: هو من النكاح، يثبت النسب، وإن كان ذلك منهما تناقضاً؛ لأن التناقض ساقط الاعتبار شرعاً في باب النسب، كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق؛ لما ذكرنا، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

وأما الثاني: فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة، سواء كان بالنكاح أو بالسفاح، لأن اعتبار الفراش إنما عرفناه بالحديث[٣]، وهو قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ**»، أي: لمالك الفراش، ولا فراش للمرأة؛ لأنها مملوكة وليست بمالكه، فبقي الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة.

وإذا عرفت أن نسب الولد من الرجل لا يثبت، إلا إذا صارت المرأة فراشاً له، فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً، وكيفية عمله في ذلك، فنقول وبالله التوفيق:

المرأة تصيرُ فراشاً بأحد أمرين: أحدهما: عقد النكاح، والثاني ملك اليمين، إلا أن عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه، لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً [وعرفاً][٤]؛ قال النبي

---

(١) في ب: أمه.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ب: بالشرع.
(٤) سقط من ط.

ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «تَنَاكَحُوا تَوَالَدُوا تَكْثُرُوا فَإِنِّي أُبَاهِي بِكُمُ الأُمَمَ يَوْمَ القِيَامَةِ وَلَوْ بِالسِّقْطِ»[1] وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادةً، فكان النكاح سبباً مفضياً إلى حصول الولد، فكان سبباً لثبات النسب بنفسه، ويستوي فيه النكاح الصحيح والفاسد إذا اتصل به الوطء؛ لأن النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا؛ لوجود ركن العقد من أهله في محله، والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة. وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كالبيع الفاسد، إلا أنه يمنع من الوطء لغيره، وهذا لا يمنع ثبات النسب؛ كالوطء في حالة الحيض والنفاس، وسواء كانت المنكوحة حرة أو أمة؛ لأن المقصود من فراش الزوجية لا يختلف.

وأما ملك اليمين ففي أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضاً؛ لأنه ملك يقصد به حصول الولد عادة؛ كملك النكاح، فكان مفضياً إلى حصول / الولد كملك النكاح، إلا أنه أضعف منه؛ لأنه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح؛ وكذا يحتمل النقل إلى غيره بالتزويج، وينتفي بمجرد النفي من غير لعان؛ بخلاف ملك النكاح.

وأما في الأمة، فلا يوجب الفراش بنفسه بالإجماع؛ حتى لا تصير الأمة فراشاً بنفس الملك بلا خلاف.

وهل تصير فراشاً بالوطء؟ اختلف فيه، قال أصحابنا ـ رضي الله تعالى عنهم ـ لا تصير فراشاً إلا بقرينة الدعوة. وقال الشافعي ـ عليه الرحمة ـ تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوةٍ.

وعبارة مشايخنا ـ رحمهم الله ـ في هذا الباب أن الفراش ثلاثة: فراشٌ قوي، وفراش ضعيفٌ، وفراش وسط، فالقوي: فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة، ولا ينتفي إلا باللعان.

والوسط: فراش أم الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة، وينتفي بمجرد النفي من غير لعان.

والضعيف: فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة عندنا؛ خلافاً للشافعي.

وجه قوله[2] إن ثبات النسب منه لحصول الولد من مائة، وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة، لأن الوطء سبب لحصول الولد، قصد منه ذلك أو لا.

---

(١) تقدم.

(٢) في ب: قول الشافعي.

وَلَنا أن وطء الأمة لا يقصد به حصول الولد عادة؛ لأنها لا تشتري للوطء عادة، بل للاستخدام والاسترباح، ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة؛ لأن الولد لا يحصل إلا بترك العزل، والظاهر في الإماء هو العزل، والعزل بدون[1] رضاهن مشروعٌ، فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد إلا بقرينة الدعوة؛ ولأنه لما ادعى علم بقرينة الدعوة أنه وطئها ولم يعزل عنها، والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد، فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها ولم يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله ـ تعالى عز شأنه ـ، بل تلزمه الدعوى والإقرار به، لأنه إذا كان كذلك فالظاهر أنه ولده، فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى، بلا خلاف بين أصحابنا ـ رضي الله تعالى عنهم ـ.

واختلفوا فيما إذا وطئها وحصنها، ولكن عزل عنها، أو لم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها، قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ يحل له/ النفي، وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ أحب إلي أن يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها، وإن لم يحصنها. ب

وقال محمد ـ عليه الرحمة ـ: أحب إليَّ أن يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته، فيعتقها.

وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه، فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال.

وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره، فلا يلزمه الإقرار به بالشك؛ لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك؛ كما أن الثابت بيقين لا يزول بالشك.

وجه قول محمد إنه إذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الإقرار به؛ كما قاله أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضاً؛ كما قاله أبو يوسف، لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط، فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه؛ لأن الاستمتاع بالأمة وأم الولد مباح، ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحرة بعد موته[2]. ويستوي في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه، وملك الذات، وملك اليد في ثبوت النسب.

وبيان ذلك في مسائل: إذا حملت الجارية في ملك رجلين، فجاءت بولد فَادَّعَاه أحدهما يثبت نسب الولد منه؛ لأنَّ ما له من الملك أوجب النسب بقدره، إلاَّ أن النسب لا يتجزأ، فمتى ثبت في البعض يتعدى إلى الكل، وتصير الجارية أم ولد له، وعليه نصف قيمتها لشريكه، ونصف العقر، ولا يضمن قيمة الولد، وهي من مسائل «كتاب العتق»[3].

---

(١) في ب: من غير.
(٢) في ط: بعد موته عسى.
(٣) في ب: العتاق.

ولو ادعياه جميعاً معاً فهو ابنهما، والجارية أم ولد لهما، وهذا عندنا. وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ هو ابن أحدهما، ويتعين بقول القائف.

وَجْه قوله إن خلق ولدٍ واحدٍ من ماءِ فحلين مستحيلٌ عادةً، ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل، فلا يكون الولد إلا من أحدهما، ويعرف ذلك بقول القائف، فإن الشرع ورد بقبول قول القائف في النسب، فإنه روي أن قائفاً مَرَّ بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد/ غطى وجوههما، وأرجلُهما بادية، فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها أ بعضاً، فسمع رسول الله ـ ﷺ ـ ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه ـ عليه الصلاة والسلام ـ.

فقد اعتبر ـ عليه الصلاة والسلام ـ قول القائف حيث لم يرد عليه، بل قرره بإظهار الفرح.

ولنا إجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فإنه روي أنه وقعت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ فكتب إلى شريح لبساً فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فيكون إجماعاً؛ لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك، وقد وجد لكل واحد منهما، فيثبت بقدر الملك حصة للنسب، ثم يتعدى لضرورة عدم التجزؤ، فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال.

وأما فرح النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ وترك الرد والنكر، فاحتمل أنه لم يكن؛ لاعتباره قول القائف حجة، بل لوجه آخر، وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة ـ رضي الله عنه ـ وكانوا يعتقدون القيافة، فلما قال القائف ذلك فرح رسولُ الله ـ ﷺ ـ لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم، فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن؛ بما هو دليل الزوال عندهم، والمحتمل لا يصلح حجة.

وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة، فادعوه جميعاً معاً، فهو ابنهم جميعاً، ثابت نسبه منهم، والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين، وقال محمد: لا يثبت من أكثر من ثلاثة.

وجه قول أبي يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد؛ لما ذكرنا للشافعي، إلاَّ أنا تركنا القياس في رجلين بأثر سيدنا عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ فبقي حكم الزيادة مردوداً إلى أصل القياس.

وجه قول محمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد، وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة، وقد جاء عن إبراهيم النخعي ـ رحمه الله ـ أنه أثبت النسب من

ثلاثة، فأما الزيادة على الثلاثة في بطن واحدٍ فنادر غاية الندرة، فالشرع الوارد في الاثنين يكون وارداً في الثلاثة.

ولأبي حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة، فالفصل بين عدد وعدد يكون تحكماً من غير دليل، وسواء كانت الأنصباء متفقة أو مختلفة؛ بأن كان لأحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي،/ فالولد ابنهم جميعاً، فحكم النسب لا يختلف؛ لأن سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا [صفة المالك][1]، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ب

وأما حكم الاستيلاد فيثبت في نصيب كل واحد [منهما][2] بقدر حصته من الملك، فلا يتعدى إلى نصيب غيره، ولو كانت الجارية بين الأب والابن، فجاءت بولد فادعياه جميعاً معاً، فالأب أَوْلى عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر ـ رحمه الله ـ يثبت النسب منهما جميعاً، وجه قوله إنهما اسْتَوَيَا في سبب الاستحقاق، وهو أصل الملك، فيستويان في الاستحقاق.

ولنا أن الترجيح لجانب الأب؛ لأن نصف الجارية ملكه حقيقة، وله حق تمليك النصف الآخر، وليس للابن إلا ملك النصف، فكان الأب أولى، ويتملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة، ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه؛ لأنه لا يتجزأ، فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض؛ كما في الجارية المشتركة بين الأجنبيين، ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر؛ لأن الوطء من كل واحدٍ منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الأجنبيين[3]، يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر، ثم يكون النصف بالنصف قصاصاً؛ كما في الأجانب، وهذا بخلاف حالة الانفراد، فإن أمة لرجل إذا جاءت بولدٍ فادعاه أبوه، ثبت نسبه منه، ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة؛ لأن هناك صار متملكاً الجارية؛ ضرورة صحة الاستيلاد، سابقاً عليه أو مقارناً له؛ لانعدام حقيقة الملك، فجعل الوطء في الملك، وهٰهنا الاستيلاد صحيح بدون التملك؛ لقيام حقيقة الملك في النصف، فلا حاجة إلى التملك لصحة الاستيلاد، وأنه صحيح بدونه، وإنما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه؛ لأنه يحتمل[4] التجزؤ؛ على ما ذكرنا، هو الفرق، وكذلك الجد عند عدم الأب؛ لأنه بمنزلة الأب عند عدمه.

ولو كان بين الجد والحافد جارية، فجاءت بولد، فادعياه معاً، والأب حَيٌّ، يثبت النسب منهما جميعاً؛ لأن الجد حال قيام الأب بمنزلة الأجنبي، ولو ادعى الولد أحد المالكين

---

(١) في ب: وصف الكمال.

(٢) سقط من ط.

(٣) في ب: الأجانب.

(٤) في ب: لا يحتمل.

وأب المالك الآخر، فالمالك أولى؛ لأن له حقيقة الملك، ولأب المالك الآخر حق التملك، فكان المالك الحقيقي أولى.

هذا كله إذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين، فإن كان أحدهما حُرًا والآخر عبداً، فالحر أولى؛ لأن إثبات النسب منه أنفع/ ؛ حيث يصل هو إلى حقيقة الحرية، وأمه إلى حق الحرية.

وكذلك لو كان أحدهما حرًا والآخر [عبداً][(١)] مكاتباً، فالحرُ أَوْلَى، لأن الولد يصل إلى حقيقة الحرية، ولو كان أحدهما مكاتباً والآخر عبداً، فالمكاتب أَوْلَىٰ؛ لأنه حُرٌ يدا، فكان أنفع للولد، ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعاً، لكن هل يشترط فيه تصديق المولى؟ فيه روايتان، ومنهم من وفق بين الروايتين؛ فحمل شرط التصديق على ما إذا كان العبد محجوراً، وحمل الأخرى على ما إذا كان مأذوناً؛ عملاً بهما[(٢)] جميعاً.

ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذميًا، فالمسلم أَوْلَى، استحساناً، والقياس أن يثبت نسبه منهما، وهو رواية للحسن عن أبي حنيفة وزفر.

وَجْهُ القياس أن النسب حكم الملك، وقد استويا في الملك، فيستويان في حكمه؛ كما في سائر الأحكام المتعلقة بالملك.

وجه الاستحسان أن إثبات النسب من المسلم أنفع للصبي؛ لأنه يحكم بإسلامه تبعاً له؛ وكذلك لو كان أحدُهما كتابيًا والآخر مجوسيًا، فالقياس أن يثبت النسب منهما [جميعاً][(٣)]؛ لاستوائهما في الملك، وفي الاستحسان للكتابي أَوْلَىٰ، لأنه أقرب إلى الإسلام من المجوسي، فكان أنفع للصبي.

ولو كان أحدهما عبداً مسلماً، أو مكاتباً مسلماً، والآخر حُرًا كافراً، فالحر أولى؛ لأن هذا أنفع للصبي؛ لأنه يمكنه أن يكتسب الإسلام بنفسه إذا عقل، ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال، ولو كان أحدهما ذميًا والآخر مرتدًا، فهو ابن المرتد، لأن ولد المرتد على حكم الإسلام.

[ألا ترى][(٤)] أنه إذا بلغ كافراً يجبر على الإسلام، وإذا أجبر عليه فالظاهر أنه يسلم فكان هذا أنفع للصبي.

هذا كله إذا خرجت دعوة الشريكين معاً، فأما إذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول

---

(١) سقط من ب.
(٢) في ب: بالروايتين.
(٣) سقط من ط.
(٤) في ب: إلا.

كلها، كائناً من كان فهو أَوْلَىٰ؛ لأن النسب إذا ثبت من إنسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان، هذا إذا حملت الجارية في ملكهما، فجاءت بولدٍ، فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعاً، فأما إذا كان [العلوق][1] قبل الشراء؛ بأن اشترياها وهي حامل، فجاءت بولدٍ، فادعاه أحدهما.

فأما حكم نسب الولد، وصيرورة الجارية أم ولد له، وضمان نصف قيمة الأم، موسراً كان أو معسراً ـ فلا يختلف، ويختلف حكم العقر والولد، فلا يجب العقر هنا ويجب هناك؛ لأن الإقرار بالنسب هنا لا يكون إقراراً بالوطء/ لتيقننا بعدم العلوق في الملك؛ بخلاف الأول، والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدُهما؛ لأن ابتداء العلوق لم يكن في ملكه، فلم يجز إسناد الدعوى إلى حالة العلوق، إلا أنه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه، ودعوى الملك بمنزلة إنشاء الإعتاق[2].

ولو أعتق هذا الولد يضمن نصيب شريكه منه، إن كان موسراً، ولم يضمن إن كان معسراً؛ كذا هذا بخلاف ما إذا علقت الجارية في ملكهما؛ لأن هناك استندت الدعوة إلى حال العلوق، فسقط الضمان، وهنا لا تستند، فلا بد من إفراد الولد بالضمان والولاء بينهما، وإن ادعياه [جميعاً معاً][3] فهو ابنهما، ولا عقر لواحد منهما على صاحبه؛ كما في الأول، ولا يفترقان إلا في الولاء، فإن ثبت هنا لا يثبت هناك؛ لأنَّ الدعوة ثمة دعوة الاستيلاد، فيعلق الولد حرًّا، والدعوة هنا دعوة تحرير، وأنه يوجب استحقاق الولاء، قال عليه الصلاة والسلام: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[4] ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر، يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة، لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، فقد تيقنا أن علوق الولد كان من النكاح، وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه، ويضمن نصف قيمة الجارية، لأنها صارت أم ولد له، فصار/ متملكاً نصيب شريكه بالقيمة، ولا يضمن قيمة الولد؛ لأنه عتق عليه من غير صنعه، ولو اشترى اخوان جارية حاملاً، فجاءت بولد، فادعاه أحدهما، يثبت نسبه منه، وعليه نصف قيمة الولد؛ لأن دعوته دعوة تحرير، فإذا ادعاه فقد حرره، والتحرير إتلاف نصيب شريكه، فيضمن نصف قيمته، ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة؛ لأن الدعوة من أخيه إعتاق حقيقة، فيضاف العتق إليه لا إلى القرابة، هذا إذا ولدت الجارية المشتركة ولداً فادعاه أحد الشريكين، أو ادعياه جميعاً، فأما إذا ولدت ولدين، فادعى كُلُّ واحدٍ منهما ولداً على حدة.

---

(١) سقط من ب.
(٢) في ب: العتق.
(٣) سقط من ط.
(٤) تقدم.

فنقول هذا في الأصل لا يخلو إما إن ولدتهما في بطن واحدٍ، وإما أن ولدتهما في بطنين مختلفين، والدعوتان إما إن خرجتا/ جميعاً معاً، وإما إن سبقت إحداهما الأخرى، فإن ولدت الجارية الولدين في بطن واحد، فإن خرجت الدعوتان جميعاً معاً، ثبت نسب الولدين منهما جميعاً؛ لأن دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر؛ لاستحالة الفصل بينهما في النسب؛ لعلوقهما من ماء واحد، فكانت دعوة أحدهما دعوة الآخر ضرورة، وإن سبق أحدهما بالدعوة، ثبت نسب الولدين منه؛ لأنه ثبت نسب المدعي، ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعاً لعلوقهما، جري الأصل، وصارت الجارية أم ولد له، وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا ولدتهما في بطن واحد، فأما إذا ولدتهما في بطنين مختلفين، فإن خرجت الدعوتان جميعاً معاً، ثبت نسب الأكبر من مدعي الأكبر بلا شك، وصارت الجارية أم ولد له، وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعي الأصغر.

وهل يثبت نسب الولد الأصغر من مدعي الأصغر؟ فالقياسُ أن لا يثبت إلا بتصديق مدعي الأكبر، وفي الاستحسان يثبت.

وجه القياس أن الجارية صارت أم ولد لمدعي الأكبر؛ لثبوت نسب الأكبر منه، فمدعي الأصغر يدعي ولد أم ولد الغير، وَمَنِ ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه، إلا بتصديقه، ولم يوجد.

وجه الاستحسان أن مدعي الأكبر غير مدعي الأصغر؛ حيث أخر الدعوة إلى دعوته، فصار مدعي الأصغر بتأخير دعوة الأكبر مغروراً من جهته، وولد المغرور ثابت النسب، حر بالقيمة، وعلى مدعي الأصغر العقر لمدعي الأكبر، لكن نصف العقر أو كله ففيه اختلاف الروايتين، والتوفيق بينهما ممكنٌ؛ لأن رواية نصف العقر على مدعي الأصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف، ورواية الكل بيان ما عليه قبله؛ لأن مدعي الأكبر قد غرم نصف العقر لمدعي الأصغر، فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصاً، فلا يبقى على مدعي الأصغر بعد المقاصة إلا النصف، فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه، وعلى مدعي الأصغر قيمة الولد الأصغر، لأنه ولد المغرور، وولد المغرور حُرٌّ بالقيمة بإجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم -/ . ب

فإذن على مدعي الأصغر نصف العقر وكل قيمة الولد، وعلى مدعي الأكبر نصف قيمة الجارية؛ لصيرورتها أم ولد له، فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعي الأكبر قصاصاً بنصف العقر، وقيمة الولد الذي على مدعي الأصغر ويترادان الفضل.

هذا إذا خرجت الدعوتان جميعاً معاً، فادعى أحدهما الأكبر، والآخر الأصغر، فأما إذا سبق أحدهما بالدعوة، فإن ادعى السابق بالدعوة الأكبر أولاً.

فقد ثبت نسب الأكبر منه، وعتق وصارت الجارية أم ولد له، وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية، ونصف العقر، بعد ذلك إذا ادعى الآخر الأصغر، فقد ادعى ولد أم ولد الغير، فلا بد من التصديق لثبات النسب، فإن صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه، وَإن كذبه لا يثبت النسب، هذا إذا ادعى السابق بالدعوة الأكبر أو لا.

فأما إذا ادعى الأصغر أولاً، ثبت نسب الأصغر منه، وعتق، وصارت الجارية أم ولد له، وضمن نصف قيمتها. ونصف عقرها لشريكه الآخر، والأكبر يعد رقيق بينهما؛ لأنه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد، فإذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك، صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه، وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار: إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسراً، وإن كان معسراً فله خيار الإعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إن كان موسراً فله تضمين الموسر لا غير، وإن كان معسراً له الاستسعاء على ما علم(١) في «كتاب العتاق».

ولو قال أحدهما: الأكبر ابني والأصغر ابن شريكي، ثبت نسب الأكبر منه، وصارت الجارية أم ولد له، وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه، والأصغر ولد أم ولده، أقر بنسبه لشريكه، فإن صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق، وإن كذبه لا يثبت النسب؛ وكذلك لو قدم وأخر، بأن قال الأصغر: ابني والأكبر ابن شريكي ثبت نسب/ الأصغر منه. [ونسب الأكبر موقوف على تصديق شريكه.

ولو قال أحدُهما الأصغر ابني والأكبر ابن شريكي، أو قدم وأخر، فقال: الأكبر ابن شريكي والأصغر ابني، ثبت نسب الأصغر منه، وعتق، وصارت الجارية أم ولد له، وعتق، وضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر، ونسب الأكبر موقوف على تصديق شريكه، فإن صدقه ثبت النسب منه، ويغرم لمدعي الأصغر نصف قيمة الأكبر، وإن كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالإعتاق، وكذبه صاحبه؛ [لما علم في «كتاب العتاق»](٢).

ولو ولدت جارية في يد إنسان ثلاثة أولاد، فادعى أحدهم فنقول:(٣) لا يخلو إما إن ولدوا في بطن واحد، وإما إن ولدوا في بطون مختلفة، ولا يخلو إما أن ادعى أحدهم بعينه،

---

(١) في ب: عرق.

(٢) في ب: على ما عرف في مسائل الإعتاق.

(٣) في ب: فهذا.

وإما أن ادعى أحدهم بغير عينه، فإن ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه، فقال: أحد هؤلاء ابني، أو عَيَّنَ واحداً منهم، فقال هذا ابني، عتقوا، وثبت نسب الكل منه؛ لأن من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقين؛ لأنهم توأم علقوا من ماء واحد، فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب، وإذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له.

هذا إذا ولدوا في بطن واحد، وأما إذا ولدوا في بطون مختلفة، فقال: الأكبر ولدي، ثبت نسبه[1] منه، وصارت الجارية أم ولد له، وهل يثبت نسب الأوسط والأصغر، القياس أن يثبت، وهو قول زفر ـ رحمه الله ـ، ويكون حكمهما حكم الأم، وفي الاستحسان لا يثبت.

وَجْهُ القياس ظاهرٌ؛ لأنه لما ثبت نسب الأكبر فقد صارت الجارية أم ولد له، فكان الأوسط والأصغر ولد أم الولد، وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه، ولم يوجد.

وَجْهُ الاستحسان أن النفي فيه وإن لم يوجد نصًا فقد وجد دلالة، وهو الإقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة، فإن ذلك دليل نفي البواقي؛ إذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى.

هذا إذا ادعى الأكبر، فأما إذا ادعى الأوسط، فهو حر ثابت النسب منه، وصارت الجارية أم ولد له، والأكبر رقيق؛ لأنه ولد على ملكه، ولم يدعه أحد، وهل يثبت نسب الأصغر/ فهو ب على ما ذكرنا من القياس والاستحسان.

هذا إذا ادعى الأوسط، فأما إذا ادعى الأصغر فهو حُرٌّ ثابت النسب، والجارية أم ولد له، والأكبر والأوسط رقيقان؛ لما ذكرنا.

هذا إذا ادعى أحدهم بعينه، فأما إذا ادعى بغير عينه فقال: أحد هؤلاء ابني، فإن بين فالحكم فيه ما ذكرنا، وإن مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك؛ لأنه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقر أن الجارية أم ولد له، وأم الولد تعتق بموت السيد.

وأما حكم الأولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ في «كتاب العتاق».

عبدٌ صغير بين اثنين، أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر، ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ونصف ولائه للآخر، وعندهما لا يثبت نسبه؛ بِنَاءً على أن الإعتاق يتجزأ

---

(١) في ب: نسب الأكبر.

عنده[١]، فيبقى نصيب المدعي على ملكه، فتصح دعوته فيه، وعندهما لا يتجزأ ويعتق الكل؛ فلم يبق للمدعي فيه ملك، فلم تصح دعوته، وإن كان العبد كبيراً فكذلك عنده؛ لما ذكرنا أنه يبقى الملك له في نصيبه، وعندهما إن صدقه العبد ثبت النسب، وإلا فلا؛ لأنه عتق كله بإعتاق البعض، فلا بد من تصديقه.

ويخرج على الأصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من إكسابه؛ أنها تصح، ويثبت نسب الولد منه؛ لأن ملك اليد ثابت له، وأنه كاف لثبات النسب، ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة، لم تصح دعوته، إذا لم يكن في المضارب ربح؛ لأنه لا بد لثبات النسب من ملك، لا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد إذا لم يكن في المضاربة ربح.

وَلَوِ ادَّعَىٰ ولداً من جارية لمولاه، ليس من تجارته، وادعى أن مولاها أحلها له أو زوجها منه ـ لا يثبت نسبه منه إلا بتصديق المولى؛ لأنه أجنبي عن ملك المولى؛ لانعدام الملك له فيه أصلاً، فالتحق بسائر الأجانب إلا في الحد، فإن كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه، نفذت دعوته؛ لأنه أقر بجهة مصححة للنسب، لكن توقف نفاذه لحق المولى، وقد زال.

ولو تَزَوَّجَ المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب/ منه، سواء كان النكاح بإذن المولى أو لا؛ لأن النسب ثبت بالنكاح، صحيحاً كان أو فاسداً، وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من إكسابه صحيحة؛ لأن ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون.

وإذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية، أما الولد فلأنه مكاتب عليه، ولا يجوز بيع المكاتب، وأما الأم فلأنه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الأداء، فمنع من بيعها، والعبد المسلم والذمي سواء في دعوى النسب؛ وكذا المكاتب المسلم والذمي؛ لأن الكفر لا ينافي النسب.

ويستوي في دعوته الاستيلاد وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد أن كان العلوق في الملك، فإن كان العلوق في غير الملك، كانت دعوته دعوة تحرير، فيشترط قيام الملك عند الدعوة، فإن كان في ملكه يصح، وإن كان في ملك غيره لا يصح إلا بشرط التصديق أو البينة، فنقول جملة الكلام فيه أن الدعوة نوعان: دعوة الاستيلاد ودعوة تحرير، فدعوة الاستيلاد هي أن يكون علوق المدعي في ملك المدعي، وهذه الدعوة تستند إلى وقت العلوق، وتتضمن

(١) في ب: عند أبي حنيفة.

الإقرار بالوطء، فيتبين أنه علق حُرًّا، ودعوة التحرير هو أن يكون علوق المدعي في غير ملك [المدعي][(١)] وهذه الدعوة تقتصر على الحال، ولا تتضمن الإقرار بالوطء لعدم الملك[(٢)] وقت العلوق.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً، فلم يدع الولد حتى باع الأم والولد، ثم ادعى الولد، صحت دعوته، ويثبت النسب منه، وعتق، وظهر أن الجارية أم ولد له، ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها، وهذا استحسان.

وفي القياس أن لا تصح دعوته، ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة.

وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة، بل الشرط أن يكون علوق الولد في الملك؛ لأن هذه الدعوة تستند إلى وقت العلوق، فإذا كان علوق الولد في ملك المدعي فقد ثبت له حق استحقاق النسب، وأنه لا يحتمل البطلان، كما لا يحتمل حقيقة النسب، فلم يبطل البيع وصحت دعوته، وظهر أن الجارية كانت أم ولد [له][(٣)] فلم يصح بيعها وبيع ولدها، [فيردها وولدها][(٤)]، ويرد الثمن، ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه، ينظر إن كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ، وإن لم يحتمله لا يفسخ إلا لضرورة، فنقول: بيانه إذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو آجره أو كاتبه، فادعاه البائع، نقض ذلك وثبت النسب؛ لأن هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض.

وكذلك لَوْ كَانَ المشتري باع الأم أو كاتبها أو رهنها أو آجرها أو زوجها لما قلنا، ولو كان أعتقها أو أعتق الولد، لم تصح دعوة البائع؛ لأن العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان إلا لضرورة؛ لأنه يعقبه أثراً لا يحتمل البطلان، وهو الولاء؛ وكذلك لو مات الولد أو قتل؛ لأن الميت مستغن عن النسب؛ وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عنده، لم تصح دعوة البائع لما قلنا.

ولو كان المشتري أعتق الأم أو دبرها دون الولد، صحت دعوته في الولد ولم تصح في الأم، وفسخ البيع في الولد، ولا يفسخ في الأم؛ لأن المانع من الفسخ خص الأم ولا تصير الجارية أم ولد له؛ لأن أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب، بل تنفصل عنه في الجملة؛ كمن استولد جارية الغير بالنكاح، يثبت نسب الولد منه، ولا تصير الجارية أم ولد له للحال،

(١) في ب: لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ب: فيسترد الجارية والولد.

إلا أن يملكها بوجه من الوجوه، وإذا فسخ البيع في الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد، فيقسم الثمن على قدر قيمتهما، فتعتبر قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الولد يوم الولادة؛ لأنه إنما صار ولداً بالولادة، فتعتبر قيمته يومئذ، فيسقط قدر قيمة الأم، ويرد قدر قيمة الولد.

ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري، وأخذ أرشها، ثم ادعاه البائع، ثبت نسبه وسلم الأرش للمشتري؛ لأن هذه دعوة الاستيلاد، وأنها تستند إلى وقت العلوق، ومن شأن المستند أن يثبت للحال، أولاً، ثم يستند/ فيستدعي قيام المحل للحال؛ لاستحالة ثبوت الحكم في الهالك واليد المقطوعة هالكة، فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد، ويسقط عن البائع من الثمن حصة الولد؛ لأنه سلم البدل للمشتري، وهو الأرش.

ولو ماتت الأم ثم ادعى البائع الولد، صحت دعوته، وثبت النسب؛ لأن محل النسب قائم وهو الولد، وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب؛ لما تقدم، فثبت نسب الولد، وإن لم تصر الجارية أم ولد له، وهل يرد جميع الثمن؟ عن أبي حنيفة نعم، وعندهما[1] لا يرد إلا قدر قيمة الولد، فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما، فما أصاب قيمة الأم يسقط، وما أصاب قيمة الولد يرد؛ لأنه ظهر أن الجارية أم ولده، ومن باع أم ولده ثم هلكت عند المشتري، لا تكون مضمونة عليه عنده[2]، وعندهما تكون مضمونة عليه.

ولقب المسألة أن أم الولد غير متقومة؛ من حيث إنها مال عنده، وعندهما متقومة، وهي من مسائل العتاق.

وعلى هذا إذا باعها والحمل غير ظاهر، فولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر، فادعاه البائع.

وعلى هذا إذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل، فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر، فادعاه البائع.

هذا إذا ولدت ولداً، فأما إذا ولدت ولدين في بطن واحد، فادعى البائع، فإن ادعاهما ثبت نسب الولدين منه، وهذا ظاهر.

وكذا إذا ادعى أحدهما، صحت دعوته، ولزمه الولدان جميعاً؛ لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب، لانخلاقهما من ماء واحد، فإن ولدت أحدهما لأقل من ستة، والآخر لأكثر من ستة أشهر، فادعى أحدهما ثبت نسبهما، ويجعل كأنهما ولدتهما جميعاً عند البائع لأقل من ستة أشهر؛ لأنهما كانا جميعاً في البطن وقت البيع.

(١) في ب: وعند أبي يوسف ومحمد.
(٢) في ب: عند أبي حنيفة.

ولو ولدتهما عند البائع، فباع أحد الولدين مع الأم، ثم ادعى الولد الذي عنده، ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضاً، سواء كان المشتري ادعاه أو أعتقه؛ لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر.

وكذلك لو ولدتهما عند المشتري، فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر، ثبت/ نسبهما ب جميعاً، وينتقض العتق ضرورة؛ فرقاً بين الولد وبين الأم أنه لو كان أعتق الأم فادعى البائع الولد، لا ينتقض العتق في الأم، وينتقض في الولد؛ لأن العتق لا يحتمل الفسخ مقصوداً، وإنما يحتمله للضرورة، وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال للانفصال في النسب، ولا ضرورة في الأم؛ لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن إثبات النسب في الجملة.

ولو قطعت يد أحد الولدين، ثم ادعاهما البائع، ثبت نسبهما، وكان الأرش للمشتري لا للبائع، إلا أن يقيم البائع البينة على الدعوة قبل البيع، فتكون له؛ لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال، واليد المقطوعة هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها، ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما، وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشتري، فرقاً بين القتل والقطع.

وَوَجْهُ الفرق أن محل حكم الدعوة مقصوداً هو النفس، وإنما يظهر في الأطراف تبعاً للنفس، وبالقطع انقطعت التبعية، فلا يظهر حكم الدعوة[1] فيها، فسلم الأرش للمشتري، ونفس كل واحد من التوأمين أصل في حكم الدعوة، فمتى صحت في أحدهما تصح في الآخر.

وإن كان مقتولاً ضرورة أنه لا يتصور الفصل بينهما في النسب، ومتى صحت الدعوة استندت إلى وقت العلوق؛ لأنها دعوة الاستيلاد، فتبين أنهما علقا حرين، فكان ينبغي أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة، إلا أنه وجبت القيمة؛ لأن صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد، والمستند يكون ظاهراً من وجه مقتصراً على الحال من وجه، فعملنا بالشبهين، فأوجبنا القيمة عملاً بشبه الاقتصاد، وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملاً بشبه الظهور؛ عملاً بالدليلين بقدر الإمكان، وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل وترك ميراثاً، فأخذ ديته وميراثه بالولاء، ثم ادعى البائع الولدين، فإنه يقضي بالحي وأمه للبائع، ويثبت نسب الولد المقتول منه، ويأخذ الدية والميراث من المشتري؛ لما قلنا/. أ

هذا إذا ولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً، لم تصح دعوة البائع، إلا أن يصدقه المشتري؛ لأنا لم نتيقن بالعلوق في الملك، فلم

---

(١) في ب: التبعية.

يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاد، فتصحح دعوة تحرير، ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعي وقت الدعوة، ولم يوجد، فلا تصح إلا إذا صدقه المشتري فتصح؛ لأنه أقر بنسب عبد غيره، وقد صدقه الغير في ذلك، فثبت نسبه، ويكون عبداً لمولاه.

ولو ادعى المشتري نسبه بعد تصديقه البائع، لم يصح؛ لما مر أن النسب متى ثبت لإنسان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك، هذا كله إذا كانت الدعوى من البائع، فإن كانت من المشتري وقد ولدت لأقل من ستة أشهر، صحت دعوته، وثبت النسب؛ لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد؛ لتيقننا أن العلوق لم يكن في الملك، فيستدعي قيام الملك وقت الدعوة، وقد وجد، فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته، لما مر أن إثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمتنع، ولو ادعاه البائع والمشتري معاً، فدعوة البائع أَولَى؛ لأن دعوته دعوة استيلاد، لوقوع العلوق في الملك، وأنها تستند إلى وقت العلوق، ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في غير الملك بيقين، وأنها تقتصر على الحال، والمستند أولى؛ لأنه سابق في المعنى، والأسبق أولى؛ كرجلين ادعيا تلقي الملك من واحد، وتاريخ أحدهما أسبق، كان الأسبق أولى؛ كذا هذا.

وعلى هذا إذا ولدت أمة رجل ولداً في ملكه لستة أشهر فصاعداً، فادعاه أبوه، ثبت نسبه منه، سواء ادعى شبهة أو لا، صدقه الابن في ذلك أو كذبه؛ لأن الإقرار بنسب الولد إقرار بوطء الجارية، والأب إذا وطىء جارية ابنه من غير نكاح، يصير متملكاً إياها لحاجته إلى نسب ولد يَحْيَا به ذِكْرُهُ، ولا يثبت النسب إلا بالملك، وللأب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته إليه.

ب ألا ترى أنه يتملك ماله عند حاجته إلى الإنفاق على نفسه/ ؛ كذا هذا.

إلاَّ أن هناك يتملك بغير عوض، وهنا بعوض، وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين؛ إذ الحاجة هناك إلى إبقاء النفس، والحاجة هنا إلى إبقاء الذكر والاسم، والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض؛ لأن ما قابله عوض كان تملكاً صورة لا معنى؛ وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها، فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل، وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل؛ رعاية للجانبين، جانب الابن وجانب الأب، وتصديق الابن ليس بشرط، فسواء صدقه الابن في الدعوى والإقرار أو كذبه يثبت النسب، فرقاً بين هذا وبين المولى إذا ادعى ولد أمة مكاتبه؛ أنه لا يثبت نسبه منه إلا بتصديق المكاتب.

ووجه الفرق ظاهر؛ لأنه لا ولاية للمولى على مال المكاتب، فكان أجنبيًا عنه، فوقعت الحاجة إلى تصديقه، وللأب ولاية على مال ابنه، فلا يحتاج إلى تصديقه لصحة هذه الدعوة؛ لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر، فادعاه الأب ـ لا تصح

دعوته؛ لانعدام الملك وقت العلوق؛ وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لأقل من ستة أشهر، فادعاه الأب، لم تصح؛ لانعدام الملك وقت الدعوة؛ وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه، وخرجت عن ملكه فيما بينهما؛ لانقطاع الملك فيما بينهما، ثم إنما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة شرطاً لصحة هذه الدعوة؛ لأن الملك يثبت مستنداً إلى زمان العلوق، ولا يثبت الملك إلا بالتملك، ولا تملك إلا بولاية التملك؛ لأن تملك مال الإنسان عليه كرهاً وتنفيذ التصرف عليه جبراً - لا يكون إلا بالولاية، فلا بد من قيام الولاية، فإذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، لم تتم الولاية، فلا يستند الملك، وكذلك الأب لو كان كافراً أو عبداً، فادعى، لا تصح دعوته؛ لأن الكفر والرق ينفيان الولاية.

ولو كان كافراً فأسلم، أو عبداً فأعتق، فادعى، نظر في ذلك: إن ولدت/ بعد الإسلام أ أو الإعتاق لأقل من ستة أشهر، لم تصح دعوته، لانعدام ولاية التملك وقت العلوق، وإن ولدت لستة فصاعداً، صحت دعوته، ويثبت النسب لقيام الولاية.

ولو كان معتوهاً فأفاق، صحت دعوته استحساناً والقياس أن لا تصح؛ لأن الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق.

ووجه الاستحسان أن الجنون أمرٌ عارض كالإغماء، وكل عارض على أصل إذا زال يلتحق بالعدم من الأصل؛ كأنه لم يكن، كما لو أغمي عليه ثم أفاق، ولو كان مرتدًا، فادعى ولد جارية ابنه، فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة؛ لتوقف ولايته وعندهما[1] صحيحة لنفاذ ولايته؛ بناءً على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده، وعندهما نافذة، وإذا ثبت الولد من الأب، فنقول: صارت الجارية أم ولد، ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة - رحمهم الله تعالى -، وعند زفر والشافعي - رحمهما الله - يجب عليه العقر.

وجه قولهما إن الملك ثبت شرطاً لصحة الاستيلاد، والاستيلاد إيلاج منزل معلق، فكان الفعل قبل الإنزال خالياً عن الملك، فيوجب العقر؛ ولهذا يوجب نصف العقر في االجارية المشتركة بين الأجنبيين إذا جاءت بولد فادعاه أحدهما؛ لأن الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك، فيوجب نصف العقر.

ولنا: أن الإيلاج المنزل المعلق من أوله إلى آخر إيلاج واحد، فكان من أوله إلى آخره استيلاداً، فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه، فلا عقر بخلاف

(١) في ب: عند أبي يوسف ومحمد.

الجارية المشتركة؛ لأن ثمة لم يكن نصيب الشرك شرطاً لصحة الاستيلاد وثبات النسب؛ لأن نصف الجارية ملكه، وقيام أصل الملك يكفي لذلك، وإنما يثبت حكماً للثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ، وحكم الشيء لا يسبقه، بل يتعقبه، فوطء المدعي صادف نصيبه ونصيب شريكه، ولا ملك له في نصيب شريكه، والوطء في غير الملك يوجب الحد، إلا أنه[1] سقط للشبهة، فوجب العقر، وهنا التملك ثبت شرطاً لثبوت النسب، وصحة الاستيلاد وشرط الشيء/ ، يكون سابقاً عليه أو مقارناً له، فالوطء صادف ملك نفسه، فلا يوجب العقر، ولا يضمن قيمة الولد أيضاً، لأنه علق حُرًّا، وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه؛ لأن ذلك حكم الإعتاق، فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد، ودعوة الجد أبي الأب ولد جارية ابن الابن ـ بمنزلة دعوة الأب عند انعدامه، أو عند انعدام ولايته.

ب

فأما عند قيام ولايته، فلا؛ حتى لو كان الجد نصرانيًا وحافده مثله، والأب مسلم، لم تصح دعوة الجد، لقيام ولاية الأب.

وإن كان الأب ميتاً، أو كان كافراً أو عبداً، تصح دعوة الجد؛ لانقطاع ولاية الأب؛ وكذا إذا كان الأب معتوهاً من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، صحت دعوة الجد لما قلنا، فإن أفاق ثم ادعى الجد، لم تصح دعوته؛ لأنه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الأصل، فعادت ولاية الأب، فسقطت ولاية الجد.

ولو كان الأب مرتدًا فدعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، فإن قتل على الردة أو مات صحت دعوة الجد، وإن أسلم لم تصح؛ لتوقف ولايته عنده؛ كتوقف تصرفاته، وعندهما[2] لا تصح دعوة الجد، لأن تصرفاته عندهما نافذة، فكانت ولايته قائمة.

هذا إذا وطىء الأب جارية الابن من غير نكاح، فأما إذا وطئها بالنكاح، ثبت النسب من غير دعوة، سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد؛ لأن النكاح يوجب الفراش بنفسه، صحيحاً كان أو فاسداً، ولا يتملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ لا يجوز هذا النكاح؛ لما علم في «كتاب النكاح»، ويعتق الولد على أخيه بالقرابة؛ لأن النسب إنما يثبت بعقد النكاح، لا بملك اليمين، فبقيت الجارية على ملك الابن، وقد ملك الابن أخاه، فيعتق عليه، فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه، صارت أم ولد له؛ لوجود سبب أمومية الولد، وهو ثبات النسب، إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك، فإذا ملكها صارت أم ولد له.

(١) في ب: أن الحد.

(٢) في أ: عند أبي يوسف ومحمد.

هذا كله إذا ادعى الأب ولد جارية ابنه، فأما إذا ادعى ولد أم ولده أو/ مدبرته؛ بأن أ جاءت بولد فنفاه الابن، حتى انتفى نسبه منه، ثم ادعاه الأب ـ لم يثبت نسبه منه في ظاهر الرواية، وعليه نصف العقر.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ أنه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد المدبرة، فقال: لا يثبت نسب ولد أم الولد، ويثبت نسب ولد المدبرة من الأب، وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن.

وجه هذه الرواية أن إثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة، فإن نسب [ولد] الأمة المنكوحة، يثبت من الزوج، والأمة ملك المولى.

وأما القيمة؛ فلأنه ولد ثابت النسب علق حُرًا، فأشبه ولد المغرور، فيكون حرًا بالقيمة، والولاء للابن؛ لأنه استحقه بالتدبير، وأنه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق؛ بخلاف ولد أم الولد؛ لأن أم الولد فراش لمولاها، فكان الولد مولوداً على فراش الابن، والمولود على فراش إنسان لا يثبت نسبه من غيره، وإن انتفى عنه بالنفي، كما في اللعان، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن النسب لا يثبت إلا بالملك، وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك، ويضمن العقر؛ لأنه إذا لم يتملكها فقد حصل الوطء في غير الملك، وقد سقط الحد للشبهة، فيجب العقر.

هذا إذا لم يصدقه الابن في الدعوى بعد ما نفاه، فإن صدقه ثبت النسب بالإجماع؛ لأن نسب ولد جارية الأجنبي يثبت من المدعي بتصديقه في النسب، فنسب ولد جارية الابن أوْلَىٰ، ويعتق على الابن؛ لأن أخاه ملكه، وولاؤه له؛ لأن الولاء لمن أعتق، ولو ادعى ولد مكاتبة ابنه لم يثبت نسبه منه؛ لأن النسب لا يثبت بدون الملك، والمكاتبة لا تحتمل التملك، فلا تصح دعوته إلا إذا عجزت، فتنفذ دعوته؛ لأنها إذا عجزت فقد عادت قنًا، وجعل المعارض كالعدم من الأصل، فصار كما لو ادعى قبل الكتابة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل

وأما بيان ما يظهر به النسب، فالنسب يظهر بالدعوة مرة، وبالبينة أخرى، أما ظهور النسب بالدعوة، فيستدعي شرائط صحة الدعوة، والإقرار بالنسب وسنذكره في «كتاب الإقرار»، إلا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر/ إلا بشريطة التصديق. [فنقول جملة][1]

(١) في ب: وجملة.

الكلام فيه أن المدعي نسبه إما أن يكون في يد نفسه، وإما أن لا يكون، فإن كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعي، إلا إذا صدقه؛ لأنه إذا كان في يد نفسه فإقراره يتضمن إبطال يده، فلا تبطل إلا برضاه، وإن لم يكن في يد نفسه، فإما أن يكون مملوكاً، وإما إن لم يكن، فإن كان مملوكاً يثبت نسبه بنفس الدعوة إذا كان في ملك المدعي وقت الدعوة، وإن كان في ملك غيره عند الدعوة، فإن كان علوقه في ملك المدعي، ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضاً، وإن لم يكن علوقه في ملكه، لا يثبت نسبه إلا بتصديق المالك على ما ذكرنا، وإن لم يكن مملوكاً، فإما إن لم يكن في يد أحد، لا في يد غيره، ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ، وإما إن كان في يد أحد كاللقيط، فإن لم يكن في يد أحد، ثبت نسبه بنفس الدعوة، استحساناً، والقياسُ أن لا يثبت.

وجه القياس أنه ادعى أمراً جائز الوجود والعدم، فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح، ولم يوجد، فلم تصح الدعوة.

وجه الاستحسان أنه عاقل أخبر بما هو محتمل الثبوت، وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه؛ تحسيناً للظن به، وهو الأصل إلا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير، وهنا في التصديق نظر من الجانبين، جانب اللقيط بالوصول إلى شرف النسب والحضانة والتربية، وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحه/ الدينية والدنيوية، وتصديق العاقل في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجبٌ، ولو ادعاه رجلان، ثبت نسبه منهما عندنا، وعند الشافعي - رحمه الله - لا يثبت إلاّ من أحدهما ويتعين بقبول القافة، على ما ذكرنا

ولو ادّعاه أكثر من رجلين، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - يثبت نسبه من خمسة، وعند أبي يوسف - رحمه الله - من اثنين، وعند محمد - رحمه الله - من ثلاثة، وقد مرت المسألة.

ولو ادعته امرأتان، صحت دعوتهما عند أبي حنيفة، وعندهما لا تصح، وسنذكر الحجج من بعد إن شاء الله تعالى.

هذا إذا لم يكن في يد أحد، فإن كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة، استحساناً/ والقياس أن لا يثبت إلا بالبينة، وقد ذكرنا [وجههما فيما تقدم][1]، وكذا من الخارج، صدقه الملتقط في ذلك أو لا[2]؛ استحساناً، والقياس أن لا يثبت إذا كذبه.

أ

وجه القياس أن هذا إقرارٌ تضمن إبطال يد الملتقط؛ لأن يده عليه ثابتة حقيقة وشرعاً،

(١) في ب: وقد ذكرنا القياس والاستحسان فيما قبل.

(٢) في ب: كذَّبَهُ.

حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبراً ليحفظه، ليس له ذلك، والإقرار إذا تضمن إبطال [حق](١) الغير لا يصح.

وجه الاستحسان أن يد المدعي أنفع للصبي من يد الملتقط، لأنه يقوم بحضانته وتربيته ويتشرف بالنسب، فكان المدعى به أولى، وسواء كان المدعي مسلماً أو ذميًا، استحساناً، والقياس أن لا تصح دعوة الذمي.

ووجهه أنا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه، للزمنا استتباعه في دينه، وهذا يضر، فلا تصح دعوته.

وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة، وهو النسب والتبعية في الدين، إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه.

ألا ترى أنه لو أسلمت أمه يحكم بإسلامه، وإن كان أبوه كافراً فيصدق فيما ينفعه، ولا يصدق فيما يضره، ويكون مسلماً.

وذكر في النوادر أن من التقط لقيطاً فادعاه نصراني، فهو ابنه، ثم إن كان عليه زي المسلمين فهو مسلم، وإن كان عليه زي الشرك؛ بأن يكون في رقبته صليب ونحو ذلك، فهو على دين النصارى.

هذا إذا أقر الذمي أنه ابنه، فإن أقام البينة على ذلك؛ فإن كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه؛ لأن هذه شهادة تضمنت إبطال يد المسلم، وهو الملتقط، فكانت شهادة على المسلم، فلا تقبل، وإن كانوا من المسلمين تقبل، ويكون الولد على دينه، فرقاً بين الإقرار وبين البينة، وذلك أنه متهم في إقراره، ولا تهمة في الشهادة، وسواء كان المدعي حُرًّا أو عبداً؛ لأنه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق، فيصدق فيما ينفعه، ولا يصدق فيما يضره.

ولو ادعاه الخارج والملتقط/ معاً، فالملتقط أوْلَى؛ لاستوائهما في الدعوة ونفع الصبي، فترجح باليد، فإن سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج؛ لأنه ثبت نسبه منه، فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك، إلاَّ أن يقيم البينة؛ لأن الدعوة لا تعارض البينة. ب

وَلَوْ ادَّعَاهُ خارجان، فإنْ كان أحدهما مسلماً والآخر ذميًا، فالمسلم أولى؛ لأنه يتبعه في الإسلام، فكان أنفع للصبي، وكذا إذا ادعته مسلمة وذمية، فالمسلمة أَوْلَى، ولو شهد للذمي

(١) سقط من ط.

مسلمان، وللمسلم ذميان، فهو للمسلم؛ لأن الحجتين وإن تعارضتا فإسلام المدعي كافٍ للترجيح.

ولو كان أحدهما حُرًّا والآخر عبداً، فالحر أولى؛ لأنه أنفع للقيط، وإن كانا حرين مسلمين، فإن ذكر أحدهما علامة في بدن اللقيط، ولم يذكر الآخر، فوافقت دعوته العلامة، فصاحبها[١] أولى؛ لرجحان دعواه بالعلامة؛[٢] لأن الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة؛

---

(١) في ب: فصاحب العلامة.

(٢) قال العلامة الألوسي في المعاني.

ومن قوله: (فكذبت) يعلم صدقه، ووجه دلالة قد القميص من دبر على كذبها أنها تبعته وجذبت ثوبه فقدته، وأما دلالة قده من قبل على صدقها فمن وجهين: أحدهما أنه إذا كان تابعها وهي دافعته عن نفسه قدت قميصه من قدام بالدفع، وثانيهما أن يسرع إليها ليلحقها فيتعثر في مقام قيمصه فيشقه كذا في الكشاف، وتعقب ابن المنير الوجه الأول بأن ما قرر في اتباعه لها يحتمل مثله في اتباعها له فإنها إنما تقد قميصه من قبل بتقدير أن يكون عليه السلام أخذ بها حتى صارا متقابلين فدفعته عن نفسها، وهذا بعينه يحتمل إذا كانت هي التابعة بأن تكون اجتذبته حتى صارا متقابلين ثم جذبت قميصه إليها من قبل بل هذا أظهر لأن الموجب لقد القميص غالباً الجذب لا الدفع، والوجه الثاني: بأن ما ذكر بعينه محتمل لو كانت هي التابعة وهو فار منها بأن ينقد قميصه في إسراعه للفرار اهـ.

وأجيب عما ذكره أولاً بأنه غير وارد لأن تلك الحالة السريعة لا تحتمل إلا أيسر ما يمكن وأسرعه، وعلى تقدير اتباعها له تعين القدّ من دبر لأنه أهون الجذبين، ثم لا نفرض كر الفار ليدفعها أو كما لحقت جذبت فهذا الفرض لا وجه له هنالك فإذا ثبت دلالته في الجملة عل هذا القسم تعينت، وعما ذكره ثانياً بأن الظاهر على تقدير أن تكون تابعة أنه إذا تعثر الفار يتعلق به التابع متشبثاً وإذا كانا منفلتين بعد ذلك الاحتمال.

وذكر الفاضل المتعقب أن الحق في هذا الفصل أن يقال: إن الشاهد المذكور إن كان صبياً أنطقه الله تعالى في المهد كما ورد في بعض الأحاديث فالآية في مجرد كلامه قبل أوانه حتى لو قال صدق يوسف وكذبت لكفي برهاناً على صدقه عليه السلام كما كان مجرد إخبار عيسى عليه السلام في المهد برهاناً على صدق مريم، فلا تبتغي المناسبة بين الأمارة المنصوبة وما رتب عليها لأن العمدة في الدلائل نصبها لا مناسبتها، وإن كان قريباً لها قد بصر بها من حيث لا تشعر فهذا ـ والله تعالى أعلم ـ كان من حقه أن يصرح بما رأى فيصدق يوسف عليه السلام ويكذبها ولكنه أراد أن لا يكون هو الفاضح لها، ووثق بأن قد قميصه إنما كان من دبر فنصبه أما رد لصدقه وكذبها، ثم ذكر القسم الآخر وهو قده من قبل على علم بأنه لم ينقد كذلك حتى ينفي عن نفسه التهمة في الشهادة وقصد الفضيحة وينصفهما جميعاً فلذا ذكر أمارة على صدقها المعلوم نفيه كما ذكر أمارة على صدقه المعلوم وجوده، وأخرجهما مخرجاً واحداً وبنى (قدّ) لما لم يسم فاعله في الموضعين ستراً عل من قدّه، وقدم أمارة صدقها في الذكر إزاحة للتهمة ووثوقاً بأن الامارة الثانية هي الواقعة فلا يضره تأخيرها.

والحاصل أن عمدة هذا الشاهد الأمارة الأخيرة فقط والمناسبة فيها محققة، وأما الامارة الأولى فليست مقصودة وإنما هي كالغرض ذكرتِ توطئة للثانية فلم يلتمس لها مناسبة مثل تلك المناسبة، وأما إن كان الحكيم الذي كان الملك يرجع إلى رأيه فلا بد من التماس المناسبة في الطرفين لأنها عمدة الحكيم، =

....

= وأقرب وجه في المناسبة أن قد القميص من دبر دليل على إدباره عنها، وقدّه من قبل دليل على إقباله عليها بوجهه، ولا يخفى أن مثل هذا الوجه لا يصلح أن يكون مطمح نظر الحكيم الذي لا يلتفت إلا لليقينيات، فالأولى أن يقال: يحتمل أن ذلك الحكيم كان واقفاً على حقيقة الحال بطريق من الطرق الممكنة، ويسهل أمر ذلك إذا قلنا: إنه كان ابن عم لها فهو متيقن بعدم مقدم الشرطية الأولى وبوجود مقدم الشرطية الثانية، ومن ضروريات ذلك الجزم بانتفاء تالي الأولى ووقوع تالي الثانية فإذا هو إخبار بكذبها وصدقه عليه السلام لكنه ساق شهادته مساقاً مأموناً من الجرح والطعن حيث صورها بصورة الشرطية المترددة ظاهراً بين نفعها ونفعه، وأما حقيقة فلا تردد فيها قطعاً كما أشير إليه، وإلى كون الشرطية الأولى غير مقصودة بالذات ذهب العلامة ابن الكمال معرضاً بغفلة القاضي البيضاوي حيث قال: إن قوله تعالى: ﴿إن كان قميصه قد من قبل﴾ الخ من قبيل المسامحة في أحد شقي الكلام لتعين الآخر عند القائل تنزيلاً للمحتمل منزلة الظاهر لأن الشق بالجذب في هذا الشق أيضاً محتمل، ومن غفل عن هذا قال: لأنه يدل على أنه قصدها فدفعت عن نفسها إلى آخر عبارة البيضاوي وحاصل ذلك على ما قرره بعض مشايخنا عليهم الرحمة أن القائل: يعلم يقيناً وقوع الشق من دبر لكنه ذكر الشق من القبل مع أنه محتمل أن يكون بجذبها إياه إلى طرفها كما أن كونه من دفعها إياه من بعض محتملاته تنزيلاً لهذا المحتمل منزلة الظاهر تأكيداً ومبالغة لثبوت ما دلت عليه الشرطية الثانية من صدقه وكذبها يعني أنا نحكم بصدقها وكذبه بمجرد وقوع الشق في القبل، وإن كان محتملاً لأسباب أخر غير دفعها لكنه ما وقع هذا الشق أصلاً فلا صدق لها وذلك كما إذا قيل لك: بلغت إلى زيد الكلام الفلاني في هذا اليوم؟ فقلت: إن كنت تكلمت في هذا اليوم مع زيد فقولكم هذا صادق مع أن تكلمك معه في هذا اليوم مطلقاً لا يدل على صدق دعواهم لاحتمال أنك تكلمت معه بكلام غير ذلك الكلام لكنك قلت ذلك تحقيقاً لعدم تبليغك ذلك الكلام إليه، هذا وذكر شيخ مشايخنا العلامة صبغة الله الحيدري طيب الله تعالى ثراه: أن الظاهر أن دلالة كل من الشقين في الشقين على ما يدل عليه من حيث موافقته لما ادعاه صاحبه فإنها كانت تقول: هو طلبني مقبلاً علي فخلصت نفسي عنه بالدفع أو الفرار وهو كان يقول: هي الطالبة ففررت منها وتبعتني واجتذبت ثوبي فقدته فوقوع الشق في شق الدبر يدل على كونه مدبراً عنها لا مقبلاً عليها وعكسه على عكسه، ثم فرع على هذا أن ما ذكره ابن الكمال غفلة عن المخاصمة بالمقاولة وهو توجيه لطيف للآية الكريمة، بيد أن دعوى وقوع المخاصمة بالمقاولة على الطرز الذي ذكره رحمه الله تعالى مما لا شاهد لها، وعلى المدعي البيان على أنه يبعد عقلاً أن تقول هو طلبني مقبلاً فخلصت نفسي منه فانقد قميصه من قبل وهو الذي تقتضيه دعواه أن الظاهر أن دلالة كل من الشقين الخ لظهور أن ظهور كذبها حينئذٍ أسرع ما يكون، وبالجملة قيل: إن الاحتمالات المضعفة لهذه المشاهدة كثيرة: منها ما علمت. ومنها ما تعلمه بأدنى التفات، ومن هنا قالوا: إن ذلك من باب اعتبار الأمارة، ولذلك احتج بالآية كما قال ابن الفرس: من يرى الحكم من العلماء بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البينات كاللقطة. والسرقة. والوديعة. ومعاقد الحيطان. والسقوف وغير ذلك.

وذكر الإمام أن علامات كذب المرأة كانت كثيرة بالغة مبلغ اليقين فضموا إليها هذه العلامة الأخرى لا لأجل أن يعولوا في الحكم عليها بل لأجل أن يكون ذلك جارياً مجرى المقويات والمرجحات والله تعالى أعلم. ينظر روح المعاني (١٢/ ٢٢١ ـ ٢٢٣).

قال الله ـ تبارك وتعالى ـ في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ، فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ: إِنَّه مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ [يوسف: ٢٦ ـ ٢٨] جعل قد القميص من خلف دليلَ مراودتها إياه؛ لما أن ذلك علامة جذبها إياه إلى نفسها، والقد من قدام علامة دفعها إياه عن نفسها.

وكذلك قال أصحابنا في لؤلئي ودباغ في حانوت واحدٍ، هو في أيديهما، فيه لؤلؤ وإهاب، فتنازعا أنه فيهما، يقضي باللؤلؤ للؤلئي، وبالإهاب للدباغ؛ لأن الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلئي وبالإهاب للدباغ.

وكذلك قالوا في الزوجين اختلفا في متاع البيت؛ أن ما يكون للرجال يجعل في يد الزوج، وما يكون للنساء يجعل في يدها؛ ونحو ذلك من المسائل؛ بناءً على ظاهر الحال وغالب الأمر؛ كذا هذا.

فإن ادعى أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض، ذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ أنه يثبت نسبه منهما؛ لأنه وقع التعارض في العلامات، فسقط الترجيح بها؛ كأن سكت عن ذكر العلامة رأساً، وإن لم يذكر أحدهما علامة أصلاً، ولكن لأحدهما بينة، فإنه يقضى له؛ لأن الدعوة لا تعارض البينة، وإن لم يكن لأحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعاً، وهذا عندنا؛ لاستوائهما في الدعوة.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ لا يثبت نسبه إلا من أحدهما، ويتعين بقول القافة على ما ذكرنا، والكلام مع الشافعي ـ رحمه الله ـ تقدم.

ولو كان المدعي أكثر من رجلين، فهو على الخلاف الذي ذكرناه في الجارية المشتركة.

ولو قال أحد المدعيين: هو ابني وهو غلام، فإذا هو جارية لم يصدق؛ لأنه ظهر كذبه بيقين، ولو قال أحدهما: هو ابني، وقال الآخر: هو ابنتي، فإذا هو خنثى، يحكم مباله، فإن كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعي البنوة، وإن كان يبول من مبال النساء، فهي ابنة مدعي البنتية، وإن كان يبول منهما جميعاً يعتبر السبق، فإن استويا في السبق، فهو مشكلٌ عند أبي حنيفة، وعندهما تعتبر كثرة البول، فإن استويا في ذلك فهو مشكلٌ، لأن هذا حكم الخنثى، وينبغي أن يثبت نسبه منهما جميعاً.

ولو قال الملتقط: هو ابني من زوجتي هذه، فصدقته، فهو ابنهما، حُرَّةً كانت [الزوجة][1] أو أمة، غير أنها إن كانت حرة كان الابن حرًّا بالإجماع، وإن كانت أمة

---

(١) سقط من ط.

كان ملكاً لمولى الأمة عند أبي يوسف، وعند محمد يكون حرًا.

وجه قول محمد إن نسبه وإن ثَبَتَ من الأمة، لكن في جعله تبعاً لها في الرق مضرة بالصبي، وفي جعله حرًا منفعة له، فيتبعها فيما ينفعه، ولا يتبعها فيما يضره؛ كالذمي إذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه، لكن [لا يتبعه فيما يضره، وهو دينه][1]؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف أن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون رقيقاً، والرق وإن كان يضره، فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره، فلا يعتبر، ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة، ذكر في الأصل أنها لا تصدق على ذلك؛ حتى تقيم البينة أنها ولدته.

وإن أقامت امرأة واحدة على الولادة، قبلت إذا كانت حرة عدلة، أطلق الجواب في الأصل، ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج أم لا، منهم من حمل هذا الجواب على ما إذا كان لها زوج؛ لأنه إذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير، فلا تصح إلا بالبينة، أو بتصديق الزوج، فأما إذا لم يكن لها زوج، فلا يتحقق معنى التحميل، فيصح من غير بينة.

ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى رواية الأصل على إطلاقها، وفرق بين الرجل والمرأة، فقال يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة، ولا يثبت نسبه منها إلا ببينة.

ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال يثبت بالفراش، وفي جانب النساء يثبت بالولادة، ولا تثبت الولادة إلا بدليل، وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة، ولو ادعته امرأتان، فهو ابنهما عند أبي حنيفة، وكذا إذا كن خمساً عنده، وعندهما[2] لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلاً.

وجه قولهما إن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة، وولادة ولد واحد من امرأتين لا يتصور، فلا يتصور ثبوت النسب منهما؛ بخلاف الرجال؛ لأن النسب في جانبهم يثبت بالفراش.

ولأبي حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة، وقد وجدت من كل واحدة منهما، وما قالا إن الحكم في جانبهن متعلق بالولادة، فنعم؛ لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن، فتعلق بالدعوة، وقد ادعياه جميعاً فيثبت نسبه منهما، وعلى هذا لو ادعاه رجل وامرأتان، يثبت نسبه من الكل عنده[3]، وعندهما يثبت من الرجل لا غير، ولو ادعاه

---

(١) في ب: لا يتبعه في دينه.
(٢) في ب: عند أبي يوسف ومحمد.
(٣) في ب: عند أبي حنيفة.

رجلان وامرأتان؛ كلُّ رجلٍ[1] يدعي أنه ابنه من هذه المرأة، والمرأة صدقته، فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة، وعندهما ابن الرجلين لا غير.

وأما ظهور النسب بالبينة، فنقول وبالله التوفيق: البينةُ يظهر بها النسب مرة، ويتأكد ظهوره أخرى، فكل نسب يجوز ثبوته من المدعي إذا لم يحتمل الظهور بالدعوى أصلاً، لا بنفسها ولا بقرينة التصديق؛ بأن كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة؛ وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة، لكن بقرينة التصديق إذا انعدم التصديق، وظهر أيضاً بالبينة، وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة؛ كما إذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره، وثبت نسبه من المدعي ثم ادعاه رجل آخر. وأقام البينة، يقضى له؛ لأن النسب وإن ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكدٍ، فاحتمل البطلان بالبينة.

وكذا لو ادعاه رجلان/ معاً، ثم أقام أحدهما البينة، فصاحب البينة أولى؛ لما قلنا؛ وإذا تعارضت البينتان في النسب، فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البينتين على الملك؛ أنه إن أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى يعمل بالراجح، وإن تعذر الترجيح يعمل بهما، إلا أن هناك إذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحدة منهما من وجه بقدر الإمكان، وهنا يعمل بكل واحدة منهما من كل وجه، يثبت النسب من كل واحد من المدعيين؛ لإمكان إثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال، واستحالة كون الشيء الواحد مملوكاً لاثنين على الكمال في زمان واحدٍ.

[إذا عرفنا هذا فنقول: جملةُ الكلام فيه أن تعارض البينتين إما أن يكون بين الخارج وبين ذي اليد، وإما أن يكون بين الخارجين وبين ذي اليد، فإن كان بين الخارج وذي اليد، فبينة ذي اليد أولى؛ لأنهما استويا في البينة، فيرجح صاحب اليد باليد، وإن كان بين الخارجين وبين ذي اليد، فإن أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من: الإسلام، والحرية، والعلامة، واليد، وقوة الفراش؛ وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح، وإن استويا يعمل بهما، ويثبت النسب منهما، وعلى هذا إذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه، وادعى الآخر أنه عبده، يقضى للذي ادعى أنه ابنه؛ لأنه يدعي الحرية، والآخر يدعي الرق، فبينة الحرية أقوى.

وكذلك لو أقام أحدهما البينة أنه ابنه من هذه الحرة، وأقام الآخر البينة أنه ابنه من هذه الأمة، فهو ابن الحر والحرة لما قلنا.

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه ابنه من امرأة حرة، فهو ابن الرجلين وابن المرأتين؛ على قياس قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر.

---

(١) في ب: واحد.

ولو ادعاه رجلان ووقتت بينة كل واحد منهما، فإن استوى الوقتان ثبت النسب منهما؛ لاستواء البينتين، ولو كان وقت إحداهما أسبق بحكم سن الصبي، فيعمل عليه؛ لأنه حكم عدل، فإن أشكل سنه، فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لأسبقهما وقتاً، وعندهما يقضى لهما.

وجه وقولهما إنه إذا أشكل السن، سقط اعتبار التاريخ أصلاً؛ كأنهما سكتا عنه، ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه إذا أشكل السن لم يصلح حكماً، فبقي الحكم للتاريخ، فيرجح الأسبق، ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه، وأقام البينة، وادعت/ المرأة أنه ابنها وأقامت البينة، ب فهو بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما؛ كما إذا ادعاه رجلان، بل أَوْلَى.

وعلى هذا: غلامٌ قد احتلم، ادعى على رجل وامرأة أنه ابنهما، وأقام البينة، وادعى رجل آخر وامرأته أن الغلام ابنهما، وأقاما البينة، ثبت نسب الغلام من الأب والأم الذي ادعاه الغلام أنه ابنهما، ويبطل النسب الذي أنكره الغلام؛ لأن البينتين تعارضتا، وترجحت بينة الغلام بيده، إذ هو في يد نفسه؛ كالخارجين إذا أقاما البينة ولأحدهما يد، كان صاحب اليد أولى؛ كذا هنا.

وكذلك لو كان الغلام نصرانيًا فأقام بينة من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية، وادعاه مسلم ومسلمة، فبينة الغلام أولى، ولا تترجح بينة المدعي المسلم؛ لأنه لا يد له، وإن كان مسلماً، وإن كان بينة الغلام من النصارى يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة؛ لأن شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة، فالتحقت بالعدم، فبقي مجرد الدعوة، فلا تعارض البينة، ويجبر الغلام على الإسلام.

غلام في يد إنسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه، وولدته أمته هذه في ملكه، وأقام البينة على ذلك، وادعى خارج أن الغلام ابنه ولدته الأمة في ملكه، وأقام البينة، فإن كان الغلام صغيراً لا يتكلم، يقضى به لصاحب اليد؛ لاستوائهما في البينة، فيرجح صاحب اليد باليد كما في النكاح، وإن كان كبيراً يتكلم، فقال: أنا ابن الآخر يقضى بالأمة والغلام للخارج؛ لأن الغلام إذا كان كبيراً يتكلم في يد نفسه، فالبينة التي يدعيها الغلام أَوْلَى.

وكذلك لو كان الغلام ولد حرة، وهما في يد رجل، فأقام صاحب اليد البينة على أنه ولد على فراشه، والغلام يتكلم ويدعي ذلك، وأقام الخارج البينة على ملكه، يقضى بالمرأة وبالولد للذي هما في يده لما قلنا؛ وإن كان الذي في يده من أهل الذمة والمرأة ذمية، وأقام شهوداً مسلمين، يقضى بالمرأة والولد للذي هما في يده؛ لأن شهادة المسلمين حجة مطلقة.

ولو أقام الخارج البينة على أنه تزوجها في وقت كذا، وأقام الذي في يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج؛ لأنه إذا ثبت سبق أحد النكاحين، كان المتأخر منهما فاسداً/ ، فالبينة أ القائمة على النكاح الصحيح أقوى، فكانت أولى، وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى أنه ابن فلان

[ولدته أمته فلانة على فراشه]، وذلك الرجل يقول: هو عبدي ولد أمتي التي زوجتها عبدي فلاناً، فولدت هذا الغلام منه، والعبد حَيٌّ يدعي ذلك، فهو ابن العبد؛ لأنه تعارض الفراشان: فراشُ النكاح، وفراشُ الملك، وفراش النكاح أقوى؛ لأنه لا ينتفي إلا باللعان، وفراش الملك ينتفي بمجرد النفي، فكان فراش النكاح أقوى، فكان أولى.

ولو ادعى الغلام أنه ابن العبد من هذه الأمة، فأقر العبد بذلك، وقامت عليه البينة، وادعى المولى أنه ابنه، فهو ابن العبد لما قلنا، ويعتق لأنه ادعى نسبه، والإقرار بالنسب يتضمن الإقرار بالحرية، فإن لم يعمل في النسب يعمل في الحرية؛ وكذلك لو مات الرجل وترك مالاً، فأقام الغلام البينة أنه ابن الميت من أمته، وأقام الآخر البينة أنه عبده ولدته أمته من زوجها فلان، والزوج عبده أيضاً، والعبد حَيٌّ يدعي ذلك، يقضى له بالنسب؛ لأنه يدعي فراش النكاح؛ وأنه أقوى، فإن كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه؛ لأن بينة الغلام خلت عن المعارض؛ لانعدام الدعوة من العبد، فيجب العمل بها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في صفة النسب الثابت

وأما صفة النسب الثابت، فالنسب في جانب النساء إذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً؛ لأنه في جانبهن يثبت بالولادة،[1] ولا مرد لها.

وأما في جانب الرجال فنوعان: نوعٌ يحتمل النفي، ونوعٌ لا يحتمله، أما ما يحتمل النفي فنوعان: نوعٌ ينتفي بنفس النفي من غير لعانٍ، ونوع لا ينتفي بنفس النفي، بل بواسطة اللعان.

أمَّا الذي ينتفي بنفس النفي، فهو نسب ولد أم الولد؛ لأن فراش أم الولد ضعيف؛ لأنه غير لازم؛ حتى احتمل النقل إلى غيره بالتزويج، فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة إلى اللعان، وأما الذي لا ينتفي بمجرد النفي، فهو نسب ولد زوجة يجري بينهما اللعان، وهو أن يكون الزوجان حرين مسلمين/ عاقلين بالغين غير محدودين في القذف؛ على ما ذكرنا في «كتاب اللعان»[2]؛ لأن فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل، فكان قويًا، فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم إليه اللعان، ولهذا إذا كان العلوق بنكاح فاسدٍ أو شبهة نكاح، لا ينتفي نسب الولد بالنفي؛ لأن الانتفاء بواسطة اللعان، ولا لعان في النكاح الفاسد؛ لانعدام الزوجية حقيقة؛ لما علم في «كتاب اللعان»، والله تعالى أعلم.

وأما الذي لا يحتمل النفي، فهو نسب ولد زوجة لا يجري بينهما اللعان، فإذا كان

ب

(١) في ب: لأنه لا مرد له.

(٢) في ب: الطلاق.

الزوجان ممن لا لعان بينهما، لا ينتفي نسب الولد بالنفي، وكذا النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي؛ لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار، فلا يسمع إلا أن الإقرار نوعان: نصٌّ ودلالة؛ لما ذكرنا في «كتاب اللعان».

فصل في حكم تعارض الدعوتين

وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير، أما حكمه في النسب فقد مَرَّ ذِكْرُهُ في أثناء مسائل النسب، وأما حكمه في الملك، فالكلام فيه في موضعين.

(أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك، **(والثاني)** في قدر الملك.

أما الأول فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه؛ من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الإمكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الإمكان؛ تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن.

وبيان ذلك في مسائل: رجلان ادعيا دابة، أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها، فهي للراكب، لأنه مستعمل للدابة، فكانت في يده؛ وكذلك إذا كان لأحدهما عليه حمل، وللآخر عليه كور معلق. أو مخلاة ملعقة، فصاحب الحمل أولى لما قلنا، ولو كانا جميعاً راكبين، لكن أحدهما في السرج والآخر رديفه، فهي لهما في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ إنها لراكب السرج [لقوة يده][1].

وجه ظاهر الرواية أنهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال، فكانت الدابة في أيديهما، فكانت لهما، ولو كانا جميعاً راكبين في السرج، فهي لهما إجماعاً؛ لاستوائهما في الاستعمال.

أ ولو ادعيا/ عبداً صغيراً لا يعبر عن نفسه وهو في أيديهما، فهو بينهما؛ لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه، كان بمنزلة العروض والبهائم، فتبقى اليد عليه؛ ألا ترى أنه لو ادعى صبيًّا صغيراً مجهول النسب في يده أنه عبده، ثم كبر الصبي فادعى الحرية، فالقول قول صاحب اليد، ولا تسمع دعوى الحرية إلا ببينة؛ لأنه كان في يده وقت الدعوة، فلا تزول يده عنه إلاَّ بدليلٍ.

وبمثله لو ادعى غلاماً كبيراً أنه عبده، وقال الغلام أنا حُرٌّ، فالقول قول الغلام؛ لأنه ادعاه في حال هو في يد نفسه، فكان القول قوله، ولو ادعيا عبداً كبيراً فقال العبد: أنا عبدٌ

(١) في ب: لأن استعماله أقوى.

لأحدهما، فهو بينهما، ولا يصدق العبد في ذلك؛ وكذا إذا كان العبد في يد رجل، فأقر أنه لرجل آخر، فالقولُ قولُ صاحب اليد، ولا يصدق العبد في إقراره أنه لغيره؛ لأن إقراره بالرق إقرار بسقوط يده عن نفسه، فكان في يد صاحب اليد، فلا يسمع قوله: إنه لغيره؛ لأن العبد لا قول له.

ولو قال: كنت عبد فلان فأعتقني وأنا حُرٌّ؛ فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وروي عن أبي يوسف أن القول قول العبد، ويحكم بحريته؛ لأن العبد متمسك بالأصل؛ إذ الحرية أصل في بني آدم، فكان الظاهر شاهداً له.

فالصحيحُ جواب ظاهر الرواية؛ لأنه لما أقر أنه كان عبداً، فقد أقر بزوال حكم الأصل وثبوت العارض، وهو الرق منه، فصار الرق فيه هو الأصل، فكان الظاهر شاهداً له.

ولو ادعيا ثوباً، وأحدهما لابسه، والآخر متعلق بذيله، فاللابس أَوْلَى؛ لأنه مستعمل للثوب.

ولو ادعيا بساطاً، وأحدهما جالسٌ عليه والآخر متعلقٌ به، فهو بينهما، ولا يكون الجالس بجلوسه والنوم عليه أَوْلَى؛ لاستوائهما في اليد عليه[1].

ولو ادعيا داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن، وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناءٍ أو حفر، فهي لصاحب البناء والحفر؛ لأن سكنى الدار وإحداث البناء والحفر تصرفٌ في الدار، فكانت في يده، ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخلٌ فيها والآخر خارج منها، فهي بينهما.

وكذا إذا كانا جميعاً فيها؛ لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه، وإنما تثبت بالتصرف فيه، ولو وجد خياط يخيط ثوباً في دار/ إنسان، فاختلفا في الثوب، فالقولُ لصاحب الدار؛ لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة، فهو في يد صاحب الدار معنى؛ لأن الخياط وما في يده في داره، والدار في يده، فما فيها يكون في يده.

ب

حمالٌ خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاعٌ، فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله فهو له؛ لأن الظاهر شاهدٌ له، وإن كان لا يعرف بذلك، فهو لصاحب الدار؛ لأن الظاهر شاهد له.

---

(١) في ب: على البساط.

وكذلك حمال عليه كارة، وهو في دار بزاز،[١] اختلفا في الكارة؛ فإن كانت الكارة مما يحمل فيها، فالقول قول الحمال؛ لأنَّ الظاهر شاهدٌ له، وإن كانت مما لا يحمل فيها، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن الظاهر شاهد له[٢].

رجلان اصطادا[٣] طائراً في دار رجل، فاختلفا فيه، فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة لم يستول عليه قطُّ، فهو للصائد، سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط؛ لأنه الآخذ دون صاحب الدار، إذ الصيد لا يصير[٤] مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة، وقد قال - عليه الصلاة والسلام -: «الصَّيدُ لِمَنْ أَخَذَهُ»[٥] وإن اختلفا فقال صاحب الدار: اصطدته قبلك، أو ورثته، وأنكر الصائد، فإنه ينظر: إن أخذه من الهواء فهو له؛ لأنه الآخذ، إذ لا يد لأحد على الهواء، وإن أخذه من جداره أو شجره، فهو لصاحب الدار؛ لأن الجدار والشجر في يده؛ وكذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن الأصل أن ما في دار إنسان يكون في يده، هكذا روي عن أبي يوسف مسألة الصيد على هذه التناحيل[٦].

ولو ادَّعَيَا وأحدهما ساكن فيها، فهي للساكن فيها؛ وكذا لو كان أحدث فيها شيئاً من بناءٍ أو حفر، فهي لصاحب البناء والحفر؛ لأن سكنى الدار وإحداث البناء والحفر تصرف في الدار، فكانت في يده، ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدُهما داخل فيها، والآخر خارج منها، فهي بينهما؛ وكذا لو كانا جميعاً فيها؛ لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها، وإنما تثبت بالتصرف فيها، ولم يوجد.

ولو ادعيا حائطاً بين[٧] دارين ولأحدهما عليه جذوعٌ، فهو له؛ لأنه مستعمل للحائط، ولو كان لكل واحد منهما جذوع، فإن كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان، سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لأحدهما أكثر، بعد أن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع؛ لأنهما استويا في استعمال الحائط، فاستويا في ثبوت اليد عليه.

---

(١) البَزّاز: بائع البَزّ، والبَزُّ؛ بالفتح: نوع من الثياب، وقيل الثياب خاصَّة من أمتعة البيت، وقيل: أمتعة التاجر الثياب؛ ومنه قيل للرجل: بَزّاز، إذا احترف البِزَازَة، بالكسر - ينظر المصباح المنير (بزز).

(٢) في ب: لصاحب الدار.

(٣) في طـ: رجل اصطاد.

(٤) في ب: يعتبر.

(٥) في ط: تقدم.

(٦) في طـ: على هذا الفصل.

(٧) في طـ: من.

ولو أراد صاحب البيت أن يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة، ليس له ذلك، لكن يقال له زد أنت أيضاً إلى تمام عدد خشب صاحبك، إن أطاق الحائط حملها، وإلا فليس لك الزيادة ولا النزع، ولو كان لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان، فالقياس أن يكون الحائط بينهما نصفين، وفي الاستحسان لا يكون.

وجه/ القياس أن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة، والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح. أ

ألاَ ترى أنه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة، كان الحائط بينهما نصفين، وإن كان استعمال أحدهما أكثر دل أن المعتبر أصل الاستعمال لا قدره، وقد استويا فيه.

ووجه الاستحسان أن يقال: نعم، لكن أصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة؛ لأن الجدار لا يبنى له عادةً، وإنما يبنى لأكثر من ذلك، إلا أن الأكثر مما لا نهاية له، والثلاثة أقل الجمع الصحيح، فقيد به، فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب الكثير.

وأما موضع الجذع الواحد؛ فكذلك على رواية «كتاب الإقرار»، وإنما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا أصل الملك، وعلى رواية «كتاب الدعوى» له موضع الجذع من الحائط، وما رواه لصاحب الكثير. ووجه هذه الرواية أن صاحب القليل مستعملٌ لذلك القدر حقيقة، فكان ذلك القدر في يده فيملكه.

وَجْهُ رواية الإقرار ما مر أن الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين؛ لأن الحائط لا يبنى له عادة، فلم يكن شيء من الحائط في يده، فكان كله في يد صاحب الكثير، إلا أنه ليس له دفع الجذوع[1]، وإن كان موضع الجذع مملوكاً له؛ لجواز أن يكون أصل الحائط مملوكاً لإنسان ولآخر عليه حق الوضع؛ بخلاف ما لو أقام البينة أن الحائط له؛ لأن له أن يدفع؛ لأن البينة حجة مطلقة، فإذا أقامها تبين أن الوضع من الأصل كان بغير حق ولاية الدفع، وليس له ذلك حال عدم البينة؛ لأنا إنما جعلنا الحائط له لظاهر اليد، والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير، فهو الفرق.

ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال التزاق وارتباط، فهو لصاحب الاتصال؛ لأنه كالمتعلق به، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع، فصاحب الجذوع أولى، لأنه مستعمل للحائط، ولا استعمال من صاحب الاتصال، ولو كان لأحدهما اتصال

(١) في ب: أن يدفع الجذع.

التزاق وارتباط، وللآخر اتصال تربيع، فصاحب التربيع أولى؛ لأن اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق، ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع، فالحائط لصاحب التربيع، ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع، لكن الكلام في صورة التربيع، فنقول: ذكر الطحاوي - رحمه الله - أن التربيع هو أن يكون أنصاف ألبان الحائط مداخلة حائط إحدى الدارين يبنى كذلك؛ كالأزج والطاقات، فكان بمعنى النتاج، فكان صاحب الاتصال أَوْلَىٰ.

وذكر الكرخي - رحمه الله - أن تفسير التربيع أن يكون طَرَفًا هذا الحائط المدعي مداخلين، حائط إحدى الدارين، وهذا التفسير منقولٌ عن أبي يوسف - رحمه الله - فيصير الحاصل أن المداخلة إذا كانت من جانبي الحائط، كان صاحب الاتصال أَوْلَىٰ بلا خلافٍ، وَإِن كانت من جانب واحدٍ، فعلى قول الطحاوي - رحمه الله - صاحب الاتصال أولى، وعلى قول الكرخي - رحمه الله - صاحب الجذوع أولى.

وجه قول الطحاوي ما ذكرنا أن ذلك بمعنى النتاج؛ حيث حدث من بنائه كذلك، فكان[1] هو أولى.

وجه قول الكرخي إن المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد، وجعل الكل بناء واحدًا، فسقط حكم الاستعمال؛ لضرورة الاتحاد، فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة، إلا أنه لا يجبر على الرفع، بل يترك على حاله؛ لأن ذلك ليس من ضرورات ملك الأصل، بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة؛ ألا ترى أن السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفل هو ملك صاحب السفل، ولصاحب العلو عليه حق القرار، حتى لو أراد صاحب السفل رفع السقف منع منه شرعًا؛ كذا هذا، جاز أن يكون الملك لصاحب الاتصال، ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع عليه؛ بخلاف ما إذا أقام البينة، أنه يجبر على الرفع، وقد تقدم وجه الفرق بينهما.

ثم فرع أبو يوسف على ما روي عنه من تفسير التربيع أنه إذا اشترى دارًا ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار، وبينهما حائط، وأقام الرجل البينة، أنه له، فأراد المشتري أن يرجع على البائع بحصته من الثمن، إن كان متصلاً ببناء حائط المدعي ليس له أن يرجع على البائع؛ لأنه إذا كان متصلاً ببنائه لم يتناول البيع، فلم يكن مبيعًا، فلا يكون للمشتري حق الرجوع، وَإِن لم يكن متصلاً ببناء المدعي وهو متصل ببناء الدار المبيعة، فللمشتري أن يرجع على البائع/ بحصة الحائط من الثمن؛ لأنه إذا كان متصلاً بحائط الدار المبيعة تناوله البيع، فكان مبيعًا، فيثبت الرجوع عند الاستحقاق، وَإِن كان متصلاً بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع، لا يرجع[2]، وهو يؤيد رواية الكرخي أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال إذا كان من جانب واحدٍ. أ

(١) في ب: فصاد.

(٢) في ب: فليس له أن يرجع.

ولو كان اتصال تربيع واستحق المشتري الرجوع على البائع، لا تنزع الجذوع، بل تترك على حالها لما ذكرنا، ولو كان لأحدهما عليه سترة أو بناء، وصاحبه مقر بأن السترة والبناء له، فالحائط لصاحب السترة؛ لأنه مستعمل الحائط بالسترة. فكان في يده، ولو لم يكن عليه سترة، ولكن لأحدهما عليه مرادي هو القصب الموضوع على رأس الجدار، فهو بينهما، ولا يستحق بالمرادي والبوادي شيئًا؛ لأن وضع المرادي على الحائط ليس بأمر مقصود؛ لأن الحائط لا يبنى له، فكان ملحقًا بالعدم، فلا يتعلق به الاستحقاق.

وَلَوْ كَانَ وجه الحائط إلى أحدهما وظهره إلى الآخر، وكان أنصاف اللبن أو الطاقات إلى أحدهما، فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، والحائط بينهما، وعندهما[1] الحائط لمن إليه وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات، وهذا إذا جعل الوجه وقت البناء حين ما بنى، فَأَمَّا إذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين، فلا عبرة بذلك إجماعًا.

وعلى هذا الخلاف إذا ادعيا بابًا مغلقًا على حائط بين دارين، والغلق إلى أحدهما، فالباب لهما عنده[2]، وعندهما لمن إليه الغلق.

ولو كان للباب غلقان من الجانبين، فهو لهما إجماعًا، وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط إلى أحدهما، فالخص بينهما عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، ولا ينظر إلى القمط، وعندهما الخص لمن إليه القمط.

وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف والعادة، فإن الناس في العادات يجعلون وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط ـ إلى صاحب الدار، فيدل على أنه بناؤه، فكان في يده.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن هذا دليل اليد في الماضي، لا وقت الدعوة، واليد في الماضي لا تدل على اليد وقت الدعوة، والحاجة في إثبات/ اليد وقت الدعوة، ثم في كل موضع قضي بالملك لأحدهما؛ لكون المدعي في يده، تجب عليه اليمين لصاحبه إذا طلب، فإن حلف برىء، وَإن نكل يقضى عليه بالنكول، وعلى هذا إذا اختلفا في المرور في دار ولأحدهما باب من داره إلى تلك الدار، فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها؛ حتى يقيم البينة أن له فى داره طريقًا، ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئًا؛ لأن فتح الباب إلى دار غير قد يكون بحق لازم، وقد يكون بغير حق أصلاً، وقد يكون بحق غير لازم، وهو الإباحة فلا يصلح دليلاً على حق المرور في الدار مع الاحتمال.

ب

(١) في ب: عند أبي يوسف ومحمد.
(٢) في ب: عند أبي حنيفة.

وكذا لو شهد الشهود أن صاحب الدار[1] كان يمر فيها، لم يستحق بهذه الشهادة شيئًا؛ لاحتمال أن مروره فيها كان غصبًا أو إباحة، ولئن دلت على أنه كان لحق المرور، لكن في الزمان الماضي؛ لأن الشهادة قامت عليه، فلا يثبت بها الحق للحال.

وَلَوْ شَهِدُوا أن له فيها طريقًا، فإن حَدُّوا الطريق فسموا طوله وعرضه، قبلت شهادتهم، وكذلك إذا لم يحدوه؛ كذا ذكر في الكتاب.

ومن أصحابنا ـ رحمهم الله ـ من حمل المسألة على ما إذا شهدوا على إقرار صاحب الدار بالطريق؛ لأن المشهود به مجهول، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة، أو جهالة المقر به فلا تمنع صحة الإقرار، ومنهم من أجرى جواب الكتاب على إطلاقه؛ لأن الطريق طوله معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم، فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل؛ وكذلك لو شهدوا أن أباه مات وترك طريقًا في هذه الدار، فهو على ما ذكرنا.

وعلى هذا إذا كان لرجل ميزاب في دار رجل، فاختلفا في مسيل الماء، فلصاحب الدار أن يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة أن له في هذه الدار مسيلُ ماءٍ، ولا يستحق صاحب الميزاب بنفس الميزاب شيئًا؛ لما ذكرنا.

وذكر الفقيه أبو الليث ـ رحمه الله ـ أن الميزاب إذا كان قديمًا فله حق التسييل.

وذكر محمد في «كتاب الشرب» في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء، فاختلفا في ذلك، فالقول قول صاحب الماء؛ لأنه إذا كان يسيل فيه الماء، كان النهر مشغولاً بالماء، فكان النهر مستعملاً/ به، فكان في يده بخلاف الميزاب، فإن موضوع المسألة فيما إذا لمْ يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف، حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر، والله سبحانه وتعالى أعلم. ا

ولو شهدوا أنهم رأوا الماء يسيل في الميزاب، فليست هذه الشهادة بشيء؛ لأن التسييل قد يكون بغير حق، وكذا الشهادة قامت بحق كائن على ما مر..

ولو شهدوا أن له حَقًّا في الدار من حيث التسييل، فَإن بينوا أنه لماء المطر، فهو لماء المطر، وَإن بينوا أنه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء، فهو كذلك، وإن لم يبينوا تقبل شهادتهم أيضًا، ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه أنه للغسل والوضوء، أو لماء المطر؛ لأن أصل الحق ثبت بشهادة الشهود، وبقيت الصفة مجهولة، فيتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين، وَإن لم يكن للمدعي بينة أصلاً يستحلف صاحب الدار على ذلك، فَإن حلف برىء، وَإن نكل يقضي بالنكول؛ كما في «باب الأموال».

(١) في ب: الباب.

وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لأحدهما؛ على ما ذكرنا في «كتاب النكاح»، والله تعالى أعلم.

فصل في حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك

وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك؛ فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع، فنقول: جملةُ الكلام فيه أن المتبايعين إذا اختلفا، فلا يخلو إما إن اختلفا في الثمن وإما إن اختلفا في المبيع، فإن اختلفا في الثمن، فلا يخلو إما إن اختلفا في قدر الثمن، وإما إن اختلفا في جنسه، وإما إن اختلفا في وقته؛ وهو الأجل، فان اختلفا في قدره؛ بأن قال البائع: بعت منك هذا العبد بألفي درهم، وقال المشتري: اشتريت بألف، فهذا لا يخلو إما إن كانت السلعة قائمة، وإما إن كانت هالكة، فإن كانت قائمة، فأما إن كانت قائمة على حالها لم تتغير، وأما إن تغيرت إلى الزيادة أو إلى النقصان، فإن كانت قائمة على حالها لم تتغير، تحالفًا وترادا، سواء كان قبل القبض أو بعده، أما قبل القبض فلأن كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه من وجهٍ؛ لأن البائع يدعي على المشتري زيادة ثمن، وهو ينكر، والمشتري يدعي على البائع تسليم المبيع إليه عند أداء الألف، وهو ينكر، فيتحالفان؛ لقوله عليه/ الصلاة والسلام: «وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ».

وأما بعد القبض فكان ينبغي أن لا يحلف البائع، ويكون القول قول المشتري مع يمينه؛ لأن المشتري لا يدعي على البائع شيئًا لسلامة المبيع له، والبائع يدعي على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر، فكان القول قوله[1] مع يمينه، إلا أنا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص، وهو قوله - عليه الصلاة والسلام -: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا»[2] ويبدأ بيمين المشتري في ظاهر الرواية، وهو قولُ محمد وأبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول يبدأ بيمين البائع، ويقال: إنه قول أبي حنيفة - رحمه الله.

والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن اليمين وظيفة المنكر، والمشتري أشد إنكارًا من البائع؛ لأنه منكرٌ في الحالين جميعًا قبل القبض وبعده، والبائع بعد القبض ليس بمنكر؛ لأن المشتري لا يدعي عليه شيئًا، فكان أشد إنكارًا منه، وقبل القبض إن كان منكرًا لكن المشتري أسبق إنكارًا منه؛ لأنه يطالب أولاً بتسليم الثمن حتى يصير عينًا، وهو ينكر، فكان أسبق إنكارًا من البائع، فيبدأ بيمينه؛ فإن نكل لزمه دعوى البائع؛ لأن النكول بذل أو إقرار.

---

(١) في ب: قول المنكر.

(٢) تقدم.

وإن حلف يحلف البائع، ثم إذا تحالفا، هل ينفسخ البيع بنفس التحالف، أو يحتاج فيه إلى فسخ القاضي؟

اختلف المشايخ ـ رحمهم الله ـ فيه؛ قال بعضُهم: ينفسخ بنفس التحالف؛ لأنهما إذا تَحَالَفَا لم يكن في بقاء العقدة فائدة، فينفسخ.

وقال بعضُهم لا ينفسخ إلا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما. وهو الصحيح؛ حتى لو أراد أحدهما إمضاء البيع بما يقوله صاحبه، فله ذلك من غير تجديد العقد؛ لأن احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه، والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم؛ لأنه انعقد بيقينٍ، فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة؛ على الأصل المعهود في الثابت بيقين؛ لأنه يزول بالاحتمال، فلا ينفسخ إلا بفسخ القاضي، وله أن يفسخ لانعدام الفائدة للحال؛ ولأن المنازعة لا تندفع إلا بفسخ القاضي؛ لأنهما لما تَحَالَفَا صار الثمن مجهولاً، فيتنازعان، فلا بد من قطع المنازعة، ولا تنقطع إلا بالقضاء[1] بالفسخ.

هذا إذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير، فأما إذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن، فلا يخلو إما إن تغيرت إلى الزيادة، وَإما إن تغيرت إلى النقصان، فإن كان التغيير إلى الزيادة، فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل؛ كالسمن والجمال، منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ، وعند محمد ـ رحمه الله ـ لا تمنع، ويرد المشتري العين؛ بناء على أن هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما في عقود المعاوضات، فتمنع التحالف، وعنده لا تمنع الفسخ، فلا تمنع التحالف. وَإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل؛ كالصبغ في الثوب، والبناء والغرس في الأرض؛ فكذلك تمنع التحالف عندهما، وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده؛ لأن هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك، وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما، وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة.

وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل؛ كالولد والأرش والعقر، فهو على هذا الاختلاف.

وَإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل؛ كالموهوب في المكسوب، لا تمنع التحالف إجماعًا، فيتحالفان ويرد المشتري العين؛ لأن هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود المعاوضات، فلا تمنع التحالف.

وكذا هي ليست في معنى هلاك العين، فلا تمنع التحالف، وَإذا تحالفا يرد المشتري

---

(١) في ب: بقطع القاضي.

المبيع دون الزيادة، وكانت الزيادة له؛ لأنها حدثت على ملكه، وتطيب له لعدم تمكن الحث فيها هذا إذا تغيرت السلعة إلى الزيادة، فأما إذا تغيرت إلى النقصان في يد المشتري. فنذكر حكمه إن شاء الله تعالى.

هذا إذا كانت السلعة قائمة، فأما إذا كانت هالكة، فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ـ، والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن، فإن حلف لزمه ما أقر به، وإن نكل لزمه دعوى صاحبه.

وعند محمد ـ رحمه الله ـ يتحالفان ويرد المشتري القيمة، فإن اختلفا في مقدار القيمة على قوله، كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة.

ولقب المسألة أن هلاك السلعة هل يمنع التحالف؟ عندهما يمنع، وعنده لا يمنع، واحتج بقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «إِذَا ٱخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا».

أثبت ـ عليه الصلاة والسلام ـ التحالف مطلقًا عن شرط قيام السلعة، ولا يقال ورد هنا نصٌّ خاص مقيد بحال قيام السلعة، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إِذَا ٱخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا تَحَالَفَا وَتَرَادَّا» لأن المذهب عندنا أن المطلق لا يحمل على المقيد لما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض، بل يجري المطلق على إطلاقه والمقيد على تقييده، فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتًا بنصين، وحال هلاكها ثابتًا بنص واحد؛ وهو النص المطلق، ولا تنافي بينهما، فيجب العمل بهما جميعًا.

ولهما الحديث المشهور، وهو قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ «وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ» فبقي التحالف؛ وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه؛ لأنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين، فلو وجبت يمين لا على منكر، لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين؛ هذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري؛ لأن البائع يدعي عليه زيادة ثمن، وهو ينكرُ.

فأما الإنكار من قبل البائع فلأن المشتري لا يدعي عليه شيئًا، فكان ينبغي أن لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضًا، إلا أنا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد؛ وهو قوله ـ عليه السلام: «إِذَا ٱخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا تَحَالَفَا وَتَرَادَّا».

وهذا القيد ثابت في النص الآخر أيضًا دلالة؛ لأنه قال ـ عليه الصلاة والسلام ـ «وترادًا»، والتراد لا يكون إلا حال قيام السلعة، فبقي التحالف حال هلاك السلعة مثبتًا بالخبر المشهور، ويستوي هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلاً عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: هلاك السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك، لا غير، وعند محمد لا

يمنع أصلاً؛ حتى لو اشترى عبدين فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن، فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة، ولا يتحالفان إلا أن يرضي البائع أن يأخذ القائم، ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا، فحينئذٍ يتحالفان.

وعند أبي يوسف: لا يتحالفان على الهالك، والقول قول المشتري في حصة الهالك، ويتحالفان على القائم ويترادان.

وعند محمد يتحالفان عليهما، ويرد قيمة الهالك.

أما محمد رحمه الله ـ فقد مر على أصله؛ لأن هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف، فهلاك البعض أَوْلَىٰ.

وكذلك لأبي يوسف؛ لأن المانع من التحالف هو الهلاك، فيتقدر المنع بقدره تقديرًا للحكم بقدر العلة؛ ولأبي حنيفة أن الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة؛ لما ذكرنا، إلاَّ أنا عرفنا ذلك بنص خاص، والنصُّ ورد في حال/ قيام كل السلعة، فبقي التحالف حال هلاك بعضها منفيًا بالحديث المشهور؛ ولأن قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف إلا بالحزرِ والظن، فلا يجوز التحالف عليه إلا إذا شاء البائع أن يأخذ الحي، ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا، فحينئذٍ يتحالفان؛ لأنه رضي أن يكون الثمن كله بمقابلة القائم، فيخرج الهالك عن العقد؛ كأنه ما وقع العقد عليه، وإنما وقع على القيام، فيتحالفان عليه، وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكمًا؛ بأن خرج عن ملك المشتري بسبب من الأسباب؛ لأن الهالك حكمًا يلحق بالهالك حقيقة، وقد مر الاختلاف فيه، وسواء خرج كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فخروج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما؛ لأن التحالف هنا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع؛ وهذا لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يأخذ القائم وحصة الخارج من الثمن بقول المشتري، فحينئذ يتحالفان على القائم، ويرد المشتري ما بقي في ملكه، وعليه حصة الخارج بقوله، وهذا عند أبي يوسف.

فأما عند أبي حنيفة فلا يتحالفان في الأحوال كلها.

وأما عند محمد فيتحالفان؛ لأن [الهلاك][1] الحقيقي لا يمنع التحالف عنده، فالحكمي أَوْلَى، ثم هلاك الكل [حكما][2] بأن خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف، فهلاك البعض أولى، وَإذا تحالفًا عنده، فإن هلك كل المبيع بأن خرج كله عن ملكه، يرد المشتري القيمة إن لم يكن مثليًا، والمثل إن كان مثليًا.

وإن هلك بعضه؛ بأن خرج البعض عن ملكه دون البعض، ينظر: إن كان المبيع مما في

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

تبعيضه ضرر، أو في تشقيصه عيب، فالبائع بعد التحالف بالخيار: إن شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك، وَإن شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل، وَإن كان المبيع مما لا ضرر في تبعيضه ولا عيب في تشقيصه، فللبائع أن يأخذ الباقي، ومثل الفائت إن كان مثليًا وقيمته إن لم يكن مثليًا.

وَلَو خرجت السلعة عن ملك المشتري، ثم عادت إليه، ثم اختلفا في مقدار الثمن، نظر في ذلك: إن كان العود فسخًا؛ بأن وجد به عيبًا فرده بقضاء القاضي، يتحالفان ويرد العين؛ لأن الفسخ رفع من الأصل/ فجعل كأنه لم يكن، وَإذا لم يكن العود فسخًا؛ بأن كان ملكًا جديدًا، لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ؛ لأن العود إذا لم يكن فسخًا لا يتبين أن الهلاك لم يكن، والهلاك يمنع التحالف عندهما، وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة، لا العين.

ب

وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه، لكنه صار بحال يمنع الرد بالعيب؛ إما بالزيادة، وَإما بالنقصان، أما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه، وأما حكم النقصان، فيخرج على هذا الأصل؛ لأن النقصان من باب الهلاك، فنقول: إذا انتقص المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن، لم يتحالفا عندهما، سواء كان النقصان بآفة سماوية، أو بفعل المبيع، أو بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي، أو بفعل البائع؛ لأن نقصان المبيع هلاك جزء منه، وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل؛ على أصل أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، فلا يتحالفان، والقول قول المشتري، إلاَّ إذا كان النقصان بآفة سماوية، أو بفعل المبيع، أو بفعل المشتري، ورضي البائع أن يأخذ المبيع ناقصًا، ولا يأخذ لأجل النقصان شيئًا، فحينئذٍ يتحالفان ويترادان، وعند محمد يتحالفان، ثم البائع بعد التحالف بالخيار: إن شاء أخذ المبيع ناقصًا ولا يأخذ لأجل النقصان شيئًا، وَإن شاء ترك وأخذ القيمة.

وقال بعضُهم: على قول محمدٍ إن اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان؛ كالمقبوض بالبيع الفاسد، وَإن كان النقصان بفعل الأجنبي، أو بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده، وعندهما لا يتحالفان، والقول قول المشتري مع يمينه، هذا إذا اختلفا في قدر الثمن، فأما إذا اختلفا في جنسه؛ بأن قال أحدهما الثمن عين، وقال الآخر: هو دين، فإن كان مدعي العين هو البائع؛ بأن قال للمشتري: بعت منك جاريتي بعبدك هذا.

وقال المشتري للبائع: اشتريتها منك بألف درهم، فإن كانت الجارية قائمة تحالفاً وترادا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إِذَا ٱخْتَلَفَ ٱلْمُتَبَايِعَانِ، وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ، تَحَالَفَا وَتَرَادًّا» من غير فصلٍ بين ما إذا كان الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه.

وإن كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، والقول قول المشتري في الثمن مع يمينه.

وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقد مرت، وَإن كان مدعي/ العين هو المشتري؛ بأن قال: اشتريت جاريتك بعبدي هذا.

وقال البائع: بعتها منك بألف درهم أو بمائة دينار، فإن كانت الجارية قائمة يتحالفان بالنص، وَإن كانت هالكة يتحالفان أيضًا إجماعًا، ويرد المشتري القيمة، أما على أصل محمد فظاهرٌ؛ لأن هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف، وأما على أصلهما فلان وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضًا؛ لأن البائع يدعي عليه ثمن الجارية ألف درهم، وهو ينكرُ.

وأما وجوب اليمين على البائع؛ فلأن المشتري يدعي عليه إلزام العين، وهو ينكر، فكان كل واحد منهما مدعيًا من وجهٍ، منكرًا من وجه، فيتحالفان، ولو كان البائع يدعي [البعض][1] عينًا والبعض دينًا، والمشتري يدعي الكل دينًا؛ بأن قال البائع: بعت منك جاريتي بعبدك هذا وبألف درهم.

وقال المشتري: اشتريتُ جاريتك بألف درهم، فإن كان المبيع وهوالجارية قائمًا، محالفًا بالنص، وَإن كان هالكًا فهو على الاختلاف، ولو كان الأمر على العكس من ذلك، كأن يدعي البعض عينًا والبعض دينًا، والبائع يدعي الكل دينًا؛ بأن قال المشتري: اشتريت منك جاريتك بعبدي هذا وبألف درهم، وقيمة العبد خمسمائة.

وقال البائع: بعتك جاريتي هذه بألف درهم، فإن كانت الجارية قائمة، تحالفًا وترادًا بالنص، وَإن كانت هالكة يتحالفان أيضًا إجماعًا، إلاَّ أن عندهما[2] تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى ألف درهم، فما كان بإزاء العين وهو العبد؛ وذلك ثلثا الجارية - يرد المشتري القيمة، وما كان بإزاء الدين، وهو الألف، وذلك ثلثا الجارية - يرد ألف درهم ولا يرد القيمة، وَإنما كان كذلك؛ لأن المشتري لو كان يدعي كل الثمن عينًا، كانا يتحالفان ويرد المشتري القيمة؛ على ما ذكرنا.

ولو كان [كل الثمن] دينًا؛ لكان القول قوله، ولا يتحالفان على ما مر، فإذا كان يدعي بعض الثمن عينًا وبعضه دينًا، يرد القيمة بإزاء العين، فالقولُ قوله بإزاء الدين، اعتبارًا للبعض بالكل، وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن.

هذا إذا اختلفا في جنس الثمن، فأما إذا اختلفًا في وقته؛ وهو الأجل، مع اتفاقهما على قدره وجنسه، فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه: إما إن اختلفا في أصل الأجل، وإما إن

---

(١) سقط من ط. (٢) في ب: عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(٣) بدل ما بين المعكوفين في ب: يدعي جميع الثمن.

ب اختلفا في / قدره، وَإما إن اختلفا في مضيه، وَإما إن اختلفا في قدره ومضيه جميعًا، فإن اختلفًا أصله، لا يتحالفان، والقول قول البائع مع يمينه؛ لأن الأجل أمر يستفاد من قبله، وهو منكر لوجوده، ولأن الأصل في الثمن هو الحلول، والتأجيل عارض، فكان القول قول من يدعي الأصل، وَإن اختلفا في قدره، فالقول قوله أيضًا؛ لما قلنا.

وَإنِ اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره، فالقول قول المشتري إنه لم يمض؛ لأن الأجل صار حقًّا له بتصادقهما، فكان القول فيه قوله، وَإن اختلفا في القدر والمضي جميعًا، فقال البائع: الأجل شهر وقد مضى، وقال المشتري: شهران ولم يمضيا، فالقول قول البائع في القدر، والقول قول المشتري في المضي، فيجعل الأجل شهرًا لم يمض؛ لأن الظاهر يشهد للبائع في القدر، وللمشتري في المضي؛ على ما مرَّ.

هذا إذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقةً أو حكمًا، فأما إذا هلك العاقدان أو أحدهما، والمبيع قائم، فاختلف ورثتهما أو الحي منهما وورثة الميت، فإن كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا وترادًا؛ لأن للقبض شبهًا بالعقد، فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه، فيجري بينهما التحالف، إلا أن الوارث يحلف على العلم لا على البتات؛ لأنه يحلف على فعل الغير ولا علم له به، وَإن كانت السلعة مقبوضة، فلا تحالف عندهما[1]، والقولُ قول المشتري أو ورثته بعد موته، وعند محمد يتحالفان.

والأصل أن هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه؛ كهلاك المعقود عليه، وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما؛ فكذا هلاك العاقد، وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف؛ كذا هذا.

والصحيحُ قولهما؛ لأن الخبر المشهور يمنع من التحالف؛ لكنا عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين؛ لأنه يوجب تحالف المتبايعين، والمتبايع من وُجد منه فعل البيع، ولم يوجد من الوارث حقيقة، فبقي التحالف بعد هلاكهما أو هلاك أحدهما منفيًا بالخبر المشهور.

هذا إذا اختلفا في الثمن: أما إذا اختلفا في المبيع، فنقول: لا يخلو المبيع من أن يكون عينًا أو دينًا، وهو المسلم فيه، فإن كان عينًا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع: بعت منك هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت منك هذه الجارية بألف درهم، أو قال البائع: بعت منك هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت منك هذا العبد مع هذه

(١) في ب: عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

الجارية بألف درهم، تحالفا وترادًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إِذَا ٱخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادًّا».

وَإن كان دينًا وهو المسلم فيه، فاختلفا، فنقول اختلافهما في الأصل لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال، وَإما إنِ اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه.

وَإما إن اختلفا فيهما جميعًا، فإن اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال، فإما إن اختلفا في جنس المسلم فيه، وإما إن اختلفا في قدره، وإما إن اختلفا في صفته، وإما إن اختلفا في مكان إيفائه، وإما إن اختلفا في وقته وهو الأجل، فإن اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته، تحالفا وترادًا؛ لأن هذا اختلاف في المعقود عليه، وأنه يوجب التحالف بالنص، والذي يبدأ باليمين هو المسلم إليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر، وهو قول محمد هو رب السلم.

وجه قولهما: إن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين، ورب السلم هو المشتري؛ فكانت البداية به.

ولأبي حنيفة رحمه الله ـ أن اليمين على المنكر، والمنكر هو المسلم إليه، ولا إنكار مع رب السلم، فكان ينبغي أن لا يحلف أصلاً، إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص.

وقد روي عن أبي يوسف أيضًا أنه قال: أيُّهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر؛ لأنه صار مدعى عليه، وهو منكر.

وقال بعضهم: التعيين إلى القاضي يبدأ بأيهما شاءَ، وَإن شاء أقرع بينهما، فيبدأ بالذي خرجت قرعته.

ولو اختلفا في مكان إيفاء المسلم فيه، فقال رب السلم: شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا، وقال المسلم إليه: بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا، فالقول قول المسلم إليه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة، وعندهما يتحالفان؛ بناءً على أن مكان العقد لا يتعين مكان الإيفاء عنده؛ حتى كان ترك بيان مكان الإيفاء مفسدًا للسلم عنده، فلم يدخل مكان الإيفاء في العقد بنفسه، بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد إلا/ بالشرط لا يوجب التحالف كالأجل، وعندهما مكان العقد يتعين مكانًا للإيفاء؛ حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الإيفاء عندهما، فكان المكان داخلاً في العقد من غير شرط، فيوجب التحالف. ب

وَإن اختلفا في وقت المسلم فيه، وهو الأجل، فنقول: لا يخلو إما إن اختلفا في أصل الأجل، وَإما إن اختلفا في قدره، وَإما إن اختلفا في مضيه، وَإما إن اختلفا في قدره ومضيه

جميعًا، فإن اختلفا في أصل الأجل، لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر تحالفا وترادًا؛ واحتج بإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادا»؛ ولأن الاختلاف في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته؛ ألا ترى أنه لا صحة للسلم بدون الأجل؛ كما لا صحة له بدون الوصف، فصار الأجل وصفًا للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف.

ولنا أن الأجل ليس بمعقودٍ عليه، والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف؛ بخلاف الاختلاف في الصفة؛ لأن الصفة في الدين معقود عليه كالأجل؛ والاختلاف في الأجل يوجب التحالف؛ فكذا في الصفة، وإذا لم يتحالفَا، فإن كان مدعي الأجل هو رب السلم، فالقول قوله، ويجوز السلم؛ لأنه يدعي صحة العقد؛ والمسلم إليه يدعي الفساد، والقول قول مدعي الصحة، ولأن المسلم إليه متعنِّتٌ في إنكار الأجل، لأنه ينفعه، والمتعنت لا قول له، وإن كان هو المسلم إليه، فالقول قوله عند أبي حنيفة، ويجوز السلم؛ استحسانًا، والقياس يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم، وهو قولهما.

وجه القياس أن الأجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقًّا عليه شرعًا، وأنه منكر ثبوته، والقول قول المنكر في الشرع.

وجه الاستحسان أن المسلم إليه بدعوى الأجل يدعي صحة العقد، ورب السلم بالإنكار يدعي فساده، فكان القول قول من يدعي الصحة؛ لأن الظاهر شاهد له؛ إذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية، ومباشرة العقد الفاسد معصية، وإذا كان القول قوله في أصل الأجل، كان القول قوله في مقدار الأجل أيضًا.

أ وقال/ بعضهم: القول قوله إلى شهر؛ لأنه أدنى الآجال، فأما الزيادة على شهر فلا تثبت إلا بالبينة، وإن اختلفا في قدره لم يتحالفا عندنا؛ خلافًا لزفر، والقول قول رب السلم؛ لما ذكرنا أن الأجل أمر يستفاد من قبله، فيرجع في بيان القدر إليه.

وإن اختلفا في مضيه، فالقول قول المسلم إليه وصورته إذا قال رب السلم: كان الأجل شهرًا، وقد مضى، وقال المسلم إليه: كان شهرًا ولم يمض وإن أخذت السلم الساعة، كان القول قول المسلم إليه لأنهما لما تصادقًا على أصل الأجل وقدره، فقد صار الأجل حقًّا للمسلم إليه، فكان القول في المضي قوله، وإن اختلفا في قدره ومضيه جميعًا، فالقول قول رب السلم في القدر، وقول المسلم إليه في المضي؛ لأن الظاهر يشهد لرب السلم في القدر، وللمسلم إليه في المضي.

هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال، فأما إذا اختلفا في رأس

المال مع اتفاقهما في المسلم فيه، تحالفا وترادا أيضًا، سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته؛ لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه، إلا أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعًا؛ لأنه المشتري وهو المنكر أيضًا، وَإن اختلفا فيهما جميعًا فكذلك تحالفا وترادًا؛ لأنهما اختلفا في المبيع والثمن، والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف، ففيهما أولى، والقاضي يبدأ باليمين بأيهما شاء، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في حكم الملك والحق الثابت في المحل

وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل، فنقول وبالله التوفيق: حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره، ليس لأحد ولاية الجبر عليه، إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه، وَإن كان يتضرر به، إلاّ إذا تعلق به حق الغير، فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق، وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه، إلا لضرورة، وكذلك حكم الحق الثابت في المحل.

إذا عرف هذا فنقول: للمالك أنْ يتصرف في ملكه أيَّ تصرفٍ شاء، سواء كان تصرفًا يتعدى ضرره / إلى غيره، أو لا يتعدى، فله أن يبني في ملكه مِرْحَاضًا أو حمامًا أو رحى أو تنورًا، وله أن يقعد في بنائه حدادًا أو قصارًا، وله أن يحفر في ملكه بئرًا أو بالوعةً أو ديماسًا، وإن كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره، وليس لجاره أن يمنعه؛ حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه؛ لأن الملك مطلق للتصرف في الأصل، والمنع منه لعارض تعلق حق الغير، فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع، إلا أن الامتناعَ عما يؤذي الجار ديانة واجبٌ؛ للحديث؛ قال عليه الصلاة والسلام: «المُؤمِنُ مَنْ أَمِنَ جَارَهُ بَوَائِقَهُ»[1] ولو فعل شيئًا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار، لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير.

وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدامًا، لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل؛ لأنه ملكه، والإنسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه، ولكن يقال لصاحب العلو: إن شئت فابن السفل من مال نفسك، وضع عليه علوك، ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل؛ حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيًا؛ لأن البناء وَإن كان تصرفًا في ملك الغير، لكن فيه ضرورة؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه إلا بالتصرف في ملك غيره، فصار مطلقًا له شرعًا، وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنيًا؛ لأن البناء ملكه لحصوله بإذن الشرع وإطلاقه، فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه إلا ببدل يعدله وهو القيمة.

---

(١) في ب: لا يملك.

(٢) تقدم.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أن في ظاهر الرواية يرجع بما أنفقه؛ وكذا ذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق؛ لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو إلا ببناء السفل، ولا ضرر لصاحب السفل في بنائه، بل فيه نفع صار مأذونًا بالإنفاق من قبله دلالة، فكان له حق الرجوع بما أنفق، وهذا بخلاف / البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك، إذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة؛ أنه يجبر الآخر على العمارة؛ لأن هناك ضرورة؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة؛ لأنه لا يحتمل القسمة، والترك لذلك تعطيل الملك، وفيه ضرر بهما، فكان الذي أبى العمارة متعنتًا محضًا في الامتناع،[1] فيدفع تعنته/ بالجبر على العمارة. أ

هذا إذا انهدما بأنفسهما، فإما إذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبر على إعادته، لأنه أتلف حق صاحب العلو بإتلاف محله، ويمكن جبره بالإعادة، فتجب عليه[2] إعادته.

وعلى هذا حائط بين دارين انهدم، ولهما عليه جذوع، لم يجبر واحدٌ منهما على بنائه؛ لما قلنا، ولكن إذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر: إن شئت فابن من مال نفسك، وضعْ خشبك عليه، وامنعْ صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنيًا، ونصف ما أنفقته؛ على حسب ما ذكرنا في السفل والعلو.

وقيل: إنما يرجع إذا لم يكن موضع الحائط عريضًا، ولا يمكن كل واحد منهما أن يبني حائطًا على حدة في نصيبه بعد القسمة.

فأما إذا كان عريضًا يمكن قسمته، وأن يبني كل واحد منهما في نصيبه حائطًا يصلح لوضع الجذوع عليه، فبناه كما كان بغير إذن صاحبه، لا يكون له حق الرجوع على صاحبه، بل يكون متبرعًا؛ لأنه يبني ملك غيره بغير إذنه من غير ضرورة، فكان متبرعًا، فلا يرجع عليه بشيء.

ولو أراد أحدهما قسمة عرضة الحائط، لم تقسَم إلا عن تراض منهما بالقسمة؛ لأن لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب، وفي القسمةَ جبرًا إبطالُ حق الآخر من غير رضاه، وهذا لا يجوز، ويحتمل أن يقال هذا إذا لم يكن عريضاً، فإنه كان يقسم قسمة جبر؛ لأنه لا يتضمن إبطال حق الغير، ولو كانت الجذوع عليه لأحدهما، فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، فإن كان الطالب صاحب الجذوع، يجبر الآخر على القسمة؛ لأنه في الانتفاع متعنت، وَإنما الحق لصاحب الجذوع، وقد رضي بسقوط حقه.

---

(١) في ب: الإباء.

(٢) في ب: فيجبر على.

وَإن كان الطالب مَنْ لا جذع له، لا يجبر صاحب الجذوع على القسمة؛ لأن فيه إبطال حقه في وضع الجذوع، فلا يجوز من غير رضاه، ولو هدم الحائط أحدهما يجبر على إعادته؛ لما ذكرنا أنه أتلف محل حق أحدهما، فيجب جبره على الإعادة.

وعلى هذا سفلٌ لرجل وعليه علو لغيره، فأراد صاحب السفل أن يفتح[1] بابًا أو يثبت كوة أو يحفر طاقًا أو يقد وتدًا على الحائط، أو يتصرف فيه تصرفًا لم يكن قبل ذلك، ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو، سواء أضر ذلك بالعلو؛ بأن أوجب وهن الحائط أو لم يضر به/ عند أبي حنيفة رحمه الله ـ وعندهما له ذلك إن لم يضر بالعلو. ب

ولو أراد صاحب السفل أن يحفر في سفله بئرًا أو بالوعةً أو سردابًا، فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعاً؛ وكذا إيقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء؛ بالاتفاق.

وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء، أو يضع جذوعًا لم يكن قبل ذلك، أو يشرع فيه بابًا، أو كنيفاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة، سواء أضر بالسفل أو لا. وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل، وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعًا، منهم مَنْ قال لا خلاف بينهم في الحقيقة، وقولهما تفسير قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، ومنهم مَنْ حقق الخلاف.

وجه قولهما إن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه، فلا يمنع إلا لحق الغير، وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه، بل يتضرر به صاحب الحق.

ألاَ ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره؛ لانعدام تضرر المالك، والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو، فلا يمنع عنه.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر، بل هو حرام، سواء تضرر به أم لا.

ألا ترىٰ أن نقل المرآة والمبحار من دار المالك إلى موضع آخر ـ حرامٌ، وَإن كان لا يتضرر به المالك.

والدليل عليه أنه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه.

ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح؛ لأن الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق، دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرامٌ، أضر بالمالك أو لا.

---

(١) في ب: أن يهدم السفل أو يفتح.

وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفل، فيحرم التصرف فيه إلا بإذنه ورضاه؛ بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره؛ لأن ذلك ليس تصرفًا في ملك الغير وحقه؛ إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه، وهنا بخلافه.

وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزابًا، أو كان ميزابًا فأراد أن يجعله قناة، ليس له ذلك.

وكذلك لو أراد أن يجعل ميزابًا أطول من ميزابه/ أو أعرض، أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب ـ لم يكن له ذلك؛ لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه.

وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطًا ليسدوا مسيله، أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه، أو يرفعوه، أو يسفلوه ـ لم يكن لهم ذلك؛ لأن ذلك تصرف في حق الغير بالإبطال والتغيير، فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق.

ولو بنى أصل الدار لتسييل ميزابه على ظهره، فلهم ذلك؛ لأن مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين.

دارٌ لرجل فيها طريق، فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه، ليس لهم ذلك؛ لأن فيه إبطال حق المرور، وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار؛ لأن عرض الطريق مقدرٌ بعرض باب الدار، ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحًا أو ميزابًا، فنقول هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كانت السكة نافذة، وَإما إن كانت غير نافذة، فإن كانت نافذة، فإنه ينظر: إن كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ إِضْرَارَ فِي الإِسْلاَمِ»[1]، ولو فعل ذلك فلكلٍّ واحد أن يقلع عليه ذلك.

---

(١) ورد هذا الحديث من حديث عبادة بن الصامت وعبد الله بن عباس وأبي هريرة وعائشة وأبي سعيد الخدري وجابر وعمرو بن عوف وأبي لبابة.
حديث عبادة بن الصامت.
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤) كتاب الأحكام: باب من بنى في حقه ما يضر بجاره حديث (٢٣٤٠) وأحمد (٥/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧) وأبو نعيم في «أخبار أصبهان» (١/ ٣٤٤) والبيهقي (١٠/ ١٣٣) كتاب آداب القاضي: باب ما لا يحتمل القسمة، كلهم من طريق موسى بن عقبة ثنا إسحاق بن يحيى بن الوليد عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٤): قال ابن عساكر في الرقة: وأظن إسحاق لم يدرك جده.
وقال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ١٤٤): إسحاق بن يحيى بن الوليد بن الصامت عن جد أبيه عباد بن الصامت رضي الله عنه قال الترمذي: لم يدركه اهـ. والحديث ذكره البوصيري في «زوائد ابن ماجه (٢/ ٢٢١) وقال: هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع اهـ.
=

....

= قلت: وهذا فيه نظر فإن إسحاق بن يحيى قد ذكره ابن عدي في «الكامل» (١/ ٣٣٣) وقال: عامة أحاديثه غير محفوظة.

وقد حكى البوصيري نفسه تضعيفه في «الزوائد» (٢/ ١٧٩) فقال عن إسناد فيه إسحاق: هذا إسناد ضعيف.

لضعف إسحاق بن يحيى بن الوليد وأيضاً لم يدرك عبادة بن الصامت قاله البخاري. والترمذي وابن حبان وابن عدي.

والحديث ذكره الحافظ أيضاً في «الدراية» (٢/ ٢٨٢) وقال: وفيه انقطاع.

حديث ابن عباس

أخرجه أحمد (١/ ٣١٣) وابن ماجه (٢/ ٧٨٤) كتاب الأحكام: باب من بنى في حقه ما يضر بجاره حديث (٢٣٤١) من طريق عبد الرزاق عن معمر عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٢٢): هذا إسناد فيه جابر وقد اتهم. اهـ.

لكنه توبع تابعه داود بن الحصين.

أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٨) كتاب الأقضية حديث (٨٤) من طريق إبراهيم بن إسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس به.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٥) قال عبد الحق في أحكامه وإبراهيم بن إسماعيل هذا هو ابن أبي حبيبة وفيه مقال فوثقه أحمد وضعفه أبو حاتم وقال: هو منكر الحديث لا يحتج به اهـ.

قلت وضعفه أيضاً البخاري فقال منكر الحديث. التاريخ الكبير (١/ ٨٧٣).

وقال الترمذي في «سننه» (١٤٦٢): يضعف في الحديث وقال النسائي فقال في «الضعفاء» رقم (٢): ضعيف.

وقال الدارقطني: متروك ينظر سؤالات البرقاني (٢٢) والضعفاء له (٣٢).

وقال أبو حاتم: ليس بالقوي ينظر العلل (١٥٧٥).

وقال الحافظ في «التقريب» (١/ ٣١) رقم (١٦٨): ضعيف.

حديث أبي هريرة.

أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٨) كتاب الأقضية حديث (٨٦) من طريق أبي بكر بن عياش قال: أراه عن ابن عطاء عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرورة ولا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على حائطه».

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٥): وأبو بكر بن عياش مختلف فيه اهـ.

وللحديث علة أخرى وهي ابن عطاء واسمه يعقوب بن عطاء بن أبي رباح.

قال أحمد: منكر الحديث وقال مرة أخرى: ضعيف.

وقال ابن معين وأبو زرعة والنسائي: ضعيف.

وقال أبو حاتم: ليس بالمتين يكتب حديثه.

وقال ابن عدي: له أحاديث صالحة وهو ممن يكتب حديثه وعنده غرائب.

ينظر التهذيب (١١/ ٣٦٣). =

....

= وقد لخص الحافظ هذه الأقوال فقال في «التقريب» (٢/ ٣٧٦) رقم (٣٨٦): ضعيف.
حديث عائشة، وله طريقان:
الأول: أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٧) كتاب الأقضية حديث (٨٣) من طريق الواقدي ثنا خارجة بن عبد الله بن سليمان بن زيد بن ثابت عن أبي الرجال عن عمرة. عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار».
والواقدي محمد بن عمر متروك.
الطريق الثاني: أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٦) حدثنا أحمد بن رشدين ثنا روح بن صلاح ثنا سعيد بن أبي أيوب عن أبي سهيل عن القاسم بن محمد عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا إضرار».
والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١١٣)، وقال: رواه الطبراني في «الأوسط» وفيه أحمد بن محمد بن الحجاج بن رشدين قال ابن عدي: كذبوه اهـ.
وللحديث طريق آخر أيضاً.
أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٦) حدثنا أحمد بن داود المكي ثنا عمرو بن مالك الراسبي ثنا محمد بن سليمان بن مسمول عن أبي بكر بن أبي سبرة عن نافع بن مالك عن القاسم بن محمد عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار».
قال الطبراني: لم يروه عن القاسم إلا نافع بن مالك.
قلت: وهذا الطريق لم يذكره الهيثم في «المجمع» مع أنه على شرطه.
وأبو بكر بن أبي سبرة.
قال البخاري منكر الحديث «التاريخ الصغير» (٢/ ١٨٤).
وقال مرة: ضعيف. «الضعفاء الصغير» (٤١٦).
وقال النسائي: متروك الحديث «الضعفاء والمتروكين» (٦٩٧).
وقال الدارقطني: متروك. «الضعفاء والمتروكين» (٦١٢).
وقال البزار: لين الحديث «كشف الأستار» (١١٢٩).
وذكره أبو زرعة الرازي في «أسامي الضعفاء» (٣٨٠).
حديث أبي سعيد الخدري. أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٢٨) كتاب الأقضية حديث (٨٦) والحاكم (٢/ ٥٧) كتاب البيوع: باب النهي عن المحاقلة... والبيهقي (٦/ ٦٩ ـ ٧٠) كتاب الصلح: باب لا ضرر ولا ضرار، كلهم من طريق الدراوردي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار» قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي.
وقال البيهقي: تفرد به عثمان بن محمد ـ عن الدراوردي ـ قلت: وفي كلام الثلاثة نظر.
أما صحته على شرط مسلم فعثمان بن محمد لم يخرج له مسلم شيئاً ومع ذلك فهو ضعيف ضعفه الدارقطني.
ينظر لسان الميزان (٤/ ١٧٥).
وأما قول البيهقي: تفرد به عثمان بن محمد ففيه نظر أيضاً فقد تابعه عبد الملك بن معاذ النصيبي عن الدراوردي به كما في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٥) قال ابن القطان في «كتابه» وعبد الملك هذا لا يعرف له حال. اهـ.
وأخرجه مالك (٢/ ٧٤٥) كتاب الأقضية: باب القضاء في «المرفق حديث» (٣١) عن عمرو بن يحيى =

وَإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين، حَلَّ له الانتفاع به، ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض، فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة ـ رحمه الله، وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده.

وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق.

وجه قولهما ما ذكرنا أن حرمةَ التصرف في حق الغير ليس لعينه، بل للتحرز عن الضرر والإضرار بالمارة، فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده؛ ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن إشراع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرفٌ في حقهم؛ لأن هواء البقعة في حكم البقعة، والبقعة حقهم؛ فكذا هواؤها، فكان الانتفاع بذلك تصرفًا في حق الغير، وقد مر أن التصرف في حق الغير بغير إذنه حرامٌ، سواء أضر به أو لا، إلا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم؛ لوجود الإذن منهم دلالة، وهي ترك التقدم بالنقض، والتصرف في حق الإنسان بإذنه مباحٌ، فإذا وقعت المطالبة بصريح النقض، بطلت الدلالة، فبقي الانتفاع بالمبنى تصرفًا في حق مشترك بين الكل من غير إذنهم ورضاهم، فلا يحلُّ.

هذا إذا كانت السكة نافذة، فأما إذا كانت غير نافذة، فإن كان له حق في التقديم، فليس لأهل السكة حق المنع؛ لتصرفه في حق نفسه، وَإن لم يكن له حق في التقديم، فلهم منعه، سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا؛ لما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة، [به][1] والله سبحانه ـ وتعالى ـ أعلم.

[والله الموفق للسداد والهادي إلى سبيل الرشاد تم كتاب الدعوى بحمد الله ومنّه يتلوه كتاب الشهادات][2]

= المازني عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار» هكذا مرسلاً.

حديث جابر أخرجه الطبراني «الأوسط» كما في «نصب الراية» (٤/٣٨٦) ثنا محمد بن عبدوس بن كامل ثنا حبان بن بشر القاضي قال: حدثنا حماد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/١١٣) وقال: «رواه الطبراني في الأوسط وفيه ابن إسحاق وهو ثقة لكنه مدلس» اهـ. وهذا الحديث رواه عبد الرحمن بن مغراء ثنا محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان مرسلاً أخرجه أبو داود في «المراسيل» (ص ـ ٢٩٤) رقم (٤٠٧).

حديث عمرو بن عوف.

ذكره الحافظ في «التهذيب» (٨/ ٤٢١ ـ ٤٢٢) من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه.

حديث أبي لبابة.

أخرجه أبو داود في «المراسيل» (ص ـ ٢٩٤) رقم (٤٠٧).

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

فهرس المحتويات

